

Ref 16.106



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5315775561

TE  
1460

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL  
LA LEGITIMACIÓN DEL CIUDADANO EN EL  
PROCESO CONSTITUCIONAL

DOCTORANDO: LUIS FERNANDO ALFARO GONZÁLEZ

DIRECTOR : DR. RAÚL CANOSA USERA

MADRID 1998

b 173 0184 1

# ÍNDICE

## INTRODUCCIÓN

## CAPÍTULO PRIMERO.

### LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD.

	PÁG
<b>I.- La protección Jurisdiccional de la Constitución.</b>	
1.1- La Constitución y su garantía jurisdiccional-----	1
1.2- La Jurisdicción Constitucional y su repercusión en la División de Poderes-----	5
1.3.-El fundamento de la Justicia Constitucional dentro del Estado Democrático de Derecho-----	16
1.3.1. Fundamentación de la Justicia Constitucional-----	18
1.3.2. Legitimidad Democrática de los Tribunales Constitucionales -----	22
1.3.3. Crítica a la existencia de los Tribunales Constitucionales -----	25
1.4.- El valor normativo y la supremacía constitucional como presupuestos de la Jurisdicción Constitucional-----	27
1.4.1- La Constitución como norma suprema-----	28
1.4.2- Consecuencias de la Supremacía Constitucional-----	32
1.5.- Los límites de la jurisdicción Constitucional-----	37
1.6.- La interpretación constitucional como legitimadora de la actividad del órgano de Justicia Constitucional-----	41
1.6.1.-Generalidades de la interpretación constitucional-----	41

1.6.2.-Objeto de la interpretación constitucional-----	47
1.6.3.-Métodos jurídicos de interpretación constitucional-----	49
1.7.- La Jurisdicción Constitucional de los Derechos Fundamentales-----	56
1.7.1.-Teoría de los derechos fundamentales-----	62
1.7.1.1.- Concepto de los derechos fundamentales-----	62
1.7.1.2.- Evolución histórica de los derechos fundamentales	
a.- Surgimiento de los derechos-----	67
b.- Incorporación de los derechos	
al Constitucionalismo-----	70
c.- Vinculación de los poderes públicos y del legislador	
como consecuencia de la incorporación de los	
derechos al constitucionalismo-----	75
1.7.1.3.- Sistema constitucional de clasificación de los	
derechos fundamentales-----	78
1.7.1.4.- Doble dimensión de los derechos	
fundamentales-----	81
1.7.1.5.- Fuentes de los Derechos fundamentales -----	86
1.7.1.6.- Límites de los derechos fundamentales-----	89
a.- Clases de límites	
1.- Límites directos-----	91
2.- Límites inmanentes-----	93
b.- Límites de límites-----	98
1.7.1.7.- Interpretación de los derechos fundamentales-----	102
1.7.1.7.1- Teorías de interpretación de los	
Derechos Fundamentales-----	103
1.7.1.7.2- Teoría liberal de los derechos	
fundamentales-----	104
1.7.1.7.3.- Teoría institucional de los derechos	
fundamentales-----	105
1.7.1.7.4.- Teoría axiológica de los	
derechos fundamentales-----	106
1.7.1.7.5.- Teoría democrático-funcional de los	
derechos fundamentales-----	106

1.7.1.7.6.- Teoría de los derechos fundamentales del Estado Social-----	107
--	-----

## **II.- Jurisdicción Constitucional y Protección de los derechos fundamentales.**

2.1- La Jurisdicción Constitucional -----	111
2.1.1-La jurisdicción constitucional de la libertad-----	115
2.1.2-Las garantías y los controles jurídicos-----	116
2.2.- La eficacia de los derechos fundamentales y su protección-----	119
2.2.1-Clasificación de los instrumentos de protección de los derechos-----	123
2.2.1.1.- Garantías no jurisdiccionales-----	126
2.2.1.1.1.- Garantías internas al derecho-----	127
2.2.1.1.1.1.- Reserva de ley-----	127
2.2.1.1.1.2.- Reserva de ley orgánica-----	131
2.2.1.1.1.3.- El contenido esencial-----	133
2.2.1.1.2.- Garantías de control y fiscalización-----	136
2.2.1.1.3.- Garantías de interpretación-----	137
2.2.1.2.- Garantías jurisdiccionales-----	138
2.2.1.2.1.- El derecho a la jurisdicción y a los órganos judiciales-----	140
2.2.1.2.2.- El control de la constitucionalidad de las leyes-----	143
2.3.- Los instrumentos de tutela en el derecho comparado-----	145
2.3.1-Los Writs anglosajones-----	145
2.3.2-El referé francés-----	156
2.3.3-El procedimiento de urgencia italiano-----	156
2.3.4-El recurso constitucional Alemán-----	147
2.3.5-Modalidades Iberoamericanas-----	147
2.3.5.1.- El Amparo Mexicano-----	148
2.3.5.2.- El sistema colombiano-----	149
2.3.5.3.- Recurso de protección chileno-----	149
2.3.5.4.- El Amparo Venezolano-----	150



2.3.5.5.- Los Institutos de Tutela Brasileños-----	151
2.4- La Protección Internacional de los Derechos Fundamentales----	152
2.4.1-Garantías Universales-----	153
2.4.2-Garantías Regionales-----	153
2.4.2.1.-El Consejo de Europa-----	155
2.4.2.1.1.- Comisión Europea de Derechos Humanos-----	156
2.4.2.1.2.- Tribunal Europeo de Derechos Humano--	157
2.4.2.2.-La Comunidad Europea-----	158
2.4.2.3.-El sistema Interamericano-----	160
2.4.2.3.1.- Comisión Interamericana de Derechos Humanos-----	160
2.4.2.3.2.- Corte Interamericana de Derechos Humanos-----	162
2.4.2.3.3.- Corte Centroamericana de Justicia-----	164

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LA LEGITIMACIÓN COMO GARANTÍA DE DEFENSA**

I.- La legitimación como garantía de defensa-----	168
II.- La legitimación como instrumento para la defensa de los intereses legítimos y derechos subjetivos	
2.1- Generalidades sobre la legitimación-----	169
2.2- Breve reseña histórica-----	173
2.3- Concepto-----	176
2.3.1-Concepción subjetiva-----	178
2.3.2-Concepción objetiva-----	180
2.3.3-Concepción Intermedia-----	181
2.4- Fundamento de la legitimación-----	183

2.5- Naturaleza de la legitimación-----	185
2.5.1.- La legitimación y la expectativa a una sentencia favorable. Teoría de la naturaleza sustantiva-----	186
2.5.2.- Teoría de la naturaleza procesal -----	188
2.5.3.- Teoría de la relación jurídica-----	190
2.5.4.- Teoría de la naturaleza constitucional-----	192
2.5.5.- La doctrina española-----	195
2.6- La Legitimación en el proceso constitucional-----	201
2.7- Clases de legitimación-----	205
2.7.1.- Legitimación ordinaria-----	205
2.7.1.- Legitimación extraordinaria-----	206
2.8- Modelos de legitimación procesal-----	208
2.8.1.- Legitimación Ordinaria-----	209
2.8.2.- Legitimación abierta. La acción Popular-----	212
2.8.2.1.- La acción popular en España-----	219
2.8.2.2.- Legitimación de intereses de grupo. Intereses colectivos e intereses difusos-----	221
2.8.2.2.1.- Antecedentes-----	221
2.8.2.2.2.- Concepto-----	224
2.8.2.2.3.- Naturaleza jurídica-----	225
2.8.2.2.4.- Clasificación. Intereses colectivos Intereses difusos-----	226
2.8.2.2.5.- Legitimación-----	227
2.8.2.2.6.- Propuesta de tutela-----	231
2.8.2.2.7.- Regulación en España-----	234
2.8.3.- Legitimación institucional.Ministerio Fiscal-Defensor del Pueblo-----	236
2.8.3.1.-Legitimación del Ministerio Fiscal-----	237
2.8.3.2.-Legitimación del Defensor del Pueblo-----	238
2.8.3.3.-Legitimación de los Ayuntamientos-----	238
2.9.- Legitimación, capacidad y titularidad-----	242
2.9.1.- Legitimación y capacidad-----	242
2.9.2.- Legitimación y titularidad-----	245

### **III.- - LOS INTERESES Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS COMO PRESUPUESTOS ESENCIALES DE LA LEGITIMACIÓN.**

3.1- Legitimación e interés-----	245
3.1.1. - Interés jurídico-----	247
3.1.2.- Interés Público-----	248
3.2- Las diferentes situaciones legitimantes. Derechos subjetivos, intereses legítimos e interés directo -----	250
3.2.1.- El derecho subjetivo-----	251
3.2.1.1.- La evolución del derecho subjetivo-----	252
3.2.1.2.- Los derechos públicos subjetivos-----	256
3.2.1.3.- El momento actual de la teoría de los Derechos Públicos Subjetivos-----	259
3.2.2.- Los intereses legítimos-----	262
3.2.2.1.- Nacimiento de la noción de interés legítimo-----	262
3.2.2.2.- Naturaleza del interés legítimo-----	264
3.2.2.3.- Subsunción de los intereses legítimos en la categoría de los derechos subjetivos-----	276
3.2.2.4.- Postura que critica la tesis de los derechos reaccionales o impugnatorios-----	278
3.2.3.- El interés directo-----	282
3.2.3.1.- Interés directo e interés legítimo. Diferencias entre ambos conceptos-----	283

### **IV.- La Legitimación Procesal Constitucional.**

4.1.-Generalidades-----	289
4.2.- Naturaleza jurídica-----	290
4.3- Tipos de legitimación-----	291
4.3.1.- La legitimación activa-----	292
4.3.2.- La legitimación pasiva-----	293
4.3.3.- La legitimación activa en los procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Español-----	295
4.3.3.1-Los procesos de control de constitucionalidad de	

las leyes-----	295
4.3.3.1.1.- Recurso de inconstitucionalidad-----	295
4.3.3.1.1.1.- El presidente del Gobierno-----	297
4.3.3.1.1.2.- Defensor del Pueblo-----	297
4.3.3.1.1.3.- Cincuenta Diputados o Cincuenta Senadores-----	297
4.3.3.1.2.- La cuestión de inconstitucionalidad-----	298
4.3.3.1.2.1- Problema de la legitimación de los afectados por leyes singulares---	300
A.- La primera vía: La cuestión de inconstitucionalidad-----	305
B.- La segunda vía: El recurso de amparo----	308
4.3.3.1.3.- Control Previo de constitucional-----	313
4.3.3.1.4.- Legitimación en el proceso de amparo constitucional-----	313
4.3.3.1.5.- Legitimación en los Conflictos de competencia-----	314
4.3.3.1.6.- Legitimación en los conflictos entre órganos constitucionales del Estado-----	316
4.3.3.1.7.-Otros procesos-----	317

### **CAPÍTULO TERCERO**

## **LA LEGITIMACIÓN DEL CIUDADANO EN EL DERECHO COMPARADO.**

#### **I.- Sistema de Justicia Constitucional Italiano.**

1.1- Generalidades-----	319
1.2- Estructura de la Corte Constitucional-----	320
1.3- Competencias de la Corte-----	322
1.4- Control incidental de la constitucionalidad-----	328
1.5- Protección de los derechos fundamentales-----	336

#### **II.- Sistema de Justicia Constitucional Francés.**

2.1- Generalidades-----	342
-------------------------	-----

2.2- Estructura y competencias del Consejo Constitucional Francés	344
2.3- El control de la Constitucionalidad de las leyes	346
2.4- La protección de los derechos fundamentales	350
<b>III.- Sistema de Justicia Constitucional Alemán.</b>	
3.1- Generalidades	355
3.2- Competencias del Tribunal	359
3.3- El control de la constitucionalidad de las leyes	363
3.4- La legitimación en los procesos constitucionales	365
3.5- El recurso de Amparo o Queja Constitucional	366
3.5.1.- Objeto del amparo constitucional	370
3.5.2.- Competencia de amparo	372
3.5.3.- Principio de subsidiariedad	374
3.5.4.- La admisión del recurso de amparo	376
3.5.5.- Contenido de las sentencia	378
<b>IV.- El sistema de Justicia Constitucional de Costa Rica.</b>	
4.1- Generalidades	383
4.2- El control de la Constitucionalidad de las leyes	385
4.3- La protección de los derechos fundamentales	391
4.3.1.- Hábeas Corpus	391
4.3.2.- El recurso de amparo	392
4.4.- Conflictos de competencia	401

## **CAPITULO CUARTO**

# **LA LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS CONSTITUCIONALES**

<b>I.- Los Procesos Constitucionales</b>	403
1.1- Características del proceso constitucional	405
1.2- Principios rectores de la Justicia Constitucional	406

1.2.1.- Principio de la legalidad fundamental-----	406
1.2.2.- Gravedad de la infracción de la Constitución-----	407
1.2.3.- Violación de la Constitución no es convalidable-----	407
1.2.4.- Imprescriptibilidad para impugnación de actos lesivos de la Constitución-----	407
1.2.5.- Principios pro hombre y pro libertatis en la interpretación de los derechos-----	408
1.2.6.- Principio de la aplicación de la norma más favorable al recurrente en la Jurisdicción de la libertad -----	408
1.2.7.- Principio de la informalidad, celeridad y gratuidad de los procesos constitucionales-----	409
1.2.8.- Principio de nulidad-----	410
1.2.9.- Principio de conservación de la norma-----	410
1.2.10.- Principio de la Cosa juzgada-----	410
<b>II.-Los sujetos del proceso constitucional-----</b>	<b>416</b>
2.1- El Tribunal Constitucional-----	416
2.2- El Tribunal Constitucional Español-----	420
2.2.1.- Antecedentes-----	420
2.2.2.- Características-----	421
2.2.3.- Estructura-----	423
2.3- Los otros sujetos del proceso constitucional-----	425
2.3.1.- Clases de partes-----	428
2.3.2.- Capacidad jurídica procesal-----	430
2.3.2.1.- Capacidad para ser parte-----	433
2.3.2.2.- Capacidad procesal-----	434
2.3.3.- Los presupuestos procesales-----	438
 <b>III.- La legitimación del ciudadano en los procesos constitucionales regulados en la Constitución Española y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional-----</b>	 <b>439</b>
3.1.-Los Ciudadanos y el control de la constitucionalidad de las leyes -----	442
3.1.1.- El proceso de inconstitucionalidad-----	442

3.1.2.- La cuestión de inconstitucionalidad-----	443
3.1.3.- Autocuestión de inconstitucionalidad-----	444
3.2.- Los ciudadanos y el conflicto negativo de competencia-----	446
3.3.- Recurso de Amparo Constitucional-----	447
3.3.1.- Generalidades sobre el recurso de amparo-----	447
3.3.1.1.- Fundamento-----	447
3.3.1.2.- Antecedentes históricos-----	449
3.3.1.2.1.- Derecho Romano-----	449
3.3.1.2.2.- Los procesos Forales de Aragón-----	450
3.3.1.2.3.- Antecedentes ingleses del amparo-----	455
3.3.1.2.4.- Antecedentes franceses-----	456
3.3.1.2.5.- Breve historia del amparo español-----	459
3.3.2.- Concepto-----	464
3.3.3.- Naturaleza jurídica del recurso de amparo-----	465
3.3.4.- Finalidad del amparo-----	478
3.3.5.- Ámbito de aplicación-----	480
3.3.6.- Principio de subsidiariedad-----	486
3.3.6.1.- Excepciones-----	487

## CAPITULO QUINTO

### LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL CIUDADANO EN EL RECURSO DE AMPARO

<b>I.- Actos impugnables por la vía del recurso de amparo-----</b>	<b>490</b>
1.1.- Concepto de poderes públicos-----	492
1.2.- El recurso de amparo contra actos procedentes de los poderes públicos-----	497
1.2.1.- Actos provenientes de los Órganos legislativos-----	497
1.2.1.1.- Objeto del recurso-----	499
1.2.1.2.- Doctrina de los Interna Corporis-----	500
1.2.2.- Actos provenientes del Gobierno y de las Administraciones	

Públicas-----	506
1.2.2.1.- Agotamiento de la vía judicial procedente-----	511
1.2.2.1.1.- Ámbito de la garantía penal-----	521
1.2.2.1.2.- Ámbito de la garantía civil-----	524
1.2.2.1.3.- Ámbito de la garantía laboral-----	528
1.2.2.1.4.- Ámbito de la garantía contencioso administrativo ordinario-----	533
1.2.2.1.4..1.- Ley Jurisdicción contenciosa. Compatibilidad y supletoriedad-----	541
1.2.2.1.5.- Otros procedimientos que agotan la vía judicial-----	548
1.2.2.1.5.1.- Proceso de hábeas corpus-----	548
1.2.2.1.5.2.- Procedimiento del Derecho de Reunión-----	550
1.2.2.1.5.3.- Procedimiento del Derecho de Asilo y Refugio-----	551
1.2.2.1.5.4.- Procedimiento del Derecho a la objeción de conciencia-----	551
1.2.2.1.5.5.- Proceso electoral y sus especialidades-----	552
1.2.2.2.- Agotamiento de los recursos legales-----	557
1.2.2.3.- La invocación de la vía judicial previa del derecho fundamental presuntamente vulnerado-----	558
1.2.2.4.- Protección contra violaciones de los derechos fundamentales procedentes de órganos judiciales-----	559
1.2.3.- Amparo frente a actos provenientes del Poder Judicial-----	561
1.2.3.1.- El requisito de que la violación del derecho	



fundamental ha de tener origen inmediato y  
directo en un acto u omisión de un  
órgano judicial-----564

1.2.3.2.- Alcance de la prohibición de que en la vía  
de amparo pueda entrarse a conocer de  
los hechos que han dado lugar al proceso  
en el que se ha producido la presunta  
vulneración del derecho fundamental-----566

1.2.3.3.- Articulación entre la Jurisdicción Constitucional  
y la Jurisdicción Constitucional-----567

1.2.3.4.- Invocación del derecho fundamental  
vulnerado-----581

1.2.3.5.- Agotamiento de la vía judicial ordinaria  
previa-----585

1.2.3.6.- Plazo de interposición del recurso-----591

## **II.-Actos impugnables por la vía del recurso contra sujetos privados**

2.1.- Delimitación, terminología, y génesis de la problemática--591

2.2.- Reseña histórica-----598

2.3.- Fondo y fundamentación de las doctrinas convencionales  
sobre el efecto hacia terceros-----612

2.4.- Las más recientes soluciones a la problemática de la  
Drittwirkung en el ordenamiento jurídico privado-----621

2.5.- Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares  
en España-----633

2.5.1.- Eficacia de los derechos entre particulares en la C.E --638

## **III.- La legitimación en el recurso de amparo**

3.1.- Planteamiento general-----645

3.2.- Requisito de haber sido parte en el juicio previo-----650

3.3.- Requisito del interés legítimo-----654

3.4.- La legitimación particular-----658

3.4.1.- Personas físicas-----658

3.4.2.- Personas jurídicas-----659

3.4.2.1.- Personas jurídicas públicas-----	662
3.4.2.2.- Situación en España-----	663
3.5.- La legitimación Institucional o Pública-----	670
3.5.1.- El Defensor del Pueblo-----	672
3.5.2.- El Ministerio Fiscal-----	676
3.5.3.- Concurrencia y superposición de intervenciones-----	680
3.6.- Pluralidad de Partes-----	682
3.7.- La legitimación pasiva-----	683

## **CAPÍTULO SEXTO**

### **LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA**

<b>I.- Planteamiento-----</b>	<b>685</b>
<b>II.- Fase de Admisión-----</b>	<b>688</b>
2.1.- Causas de admisión-----	690
2.1.1.- El incumplimiento de los requisitos o presupuestos procesales-----	691
2.1.2.- La demanda de protección respecto de derecho o libertades no susceptibles de amparo-----	692
2.1.3.- La falta manifiesta de contenido constitucional de la demanda de amparo-----	693
2.1.4.- La existencia de sentencia o auto del T.C. en que hubieren desestimado un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo, en un supuesto sustancialmente igual-----	696
<b>III.- Propuestas de reforma de la legitimación activa en el proceso constitucional de amparo-----</b>	<b>699</b>
3.1.- Reforma de la Constitución-----	701
3.2.- Introducción de reformas en la L.O.T.C.-----	712
3.3.- Reformas a las leyes procesales-----	720
3.4.- Autorestricción del Tribunal-----	724
<b>IV.- Propuestas de reforma del Sistema de Justicia</b>	

<b>Constitucional Costarricense</b>	726
a.- Aumento de Magistrados Suplentes	727
b.- División de la Sala en Cámaras	728
c.- Reducción de la vista oral	728
ch.- Presentación del recurso de amparo ante el funcionario autor del acto recurrido	728
d.- Eliminación del efecto suspensivo de la ejecución del acto	729
 <b>CONCLUSIONES</b>	 730
 <b>BIBLIOGRAFÍA</b>	 741

## **ABREVIATURAS UTILIZADAS**

<b>A.J.A:</b>	<b>Actualidad Jurídica Aranzadi</b>
<b>A.T.C:</b>	<b>Auto del Tribunal Constitucional</b>
<b>B.O.E:</b>	<b>Boletín Oficial del Estado</b>
<b>C.C.F:</b>	<b>Consejo Constitucional Francés</b>
<b>C.E:</b>	<b>Constitución Española</b>
<b>C.E.C:</b>	<b>Centro de Estudios Constitucionales</b>
<b>D.F:</b>	<b>Defensor del Pueblo</b>
<b>G.C:</b>	<b>Giurisprudenza Costituzionale</b>
<b>G.G:</b>	<b>Grundgezets</b>
<b>JUSTICIA:</b>	<b>Revista Justicia</b>
<b>L.E.C:</b>	<b>Ley de Enjuiciamiento Civil</b>
<b>L.E.Cr:</b>	<b>Ley de Enjuiciamiento Criminal</b>
<b>L.J.C.C.R:</b>	<b>Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica</b>
<b>L.O.D.P:</b>	<b>Ley Orgánica del Defensor del Pueblo</b>
<b>L.O.H.C:</b>	<b>Ley Orgánica del Hábeas Corpus</b>
<b>L.O.P.J:</b>	<b>Ley Orgánica del Poder Judicial</b>
<b>L.O.R.E.G:</b>	<b>Ley Orgánica del Régimen Electoral General</b>
<b>L.O.T.C:</b>	<b>Ley Orgánica del Tribunal Constitucional</b>
<b>L.P.J.D.F:</b>	<b>Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales</b>

L.R.B.R.L:	Ley Reguladora de Bases del Régimen Local
M.F:	Ministerio Fiscal
No:	Número
Ns:	Números
Ob. Cit:	Obra citada
P.J:	Revista del Consejo del Poder Judicial
Pág:	Página
Pp:	Páginas
Q.C.:	Quaderni Costituzionale
Q.G:	Questioni di Giustizia
R.C.E.C:	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
R.C.J:	Revista de Ciencias Jurídicas
R.D.P:	Revista de Derecho Político
R.D.Pub.	Revista de Derecho Público
R.D.Pr:	Revista de Derecho Procesal
R.D.Pr.Ib.	Revista de Derecho Procesal Iberoamericano
R.E.D.C:	Revista Española de Derecho Constitucional
R.E.P:	Revista de Estudios Políticos
R.F.D.U.C.M.:	Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid
R.I.C.A:	Revista Internacional de Ciencias Administrativas
R.I.E:	Revista de Instituciones Europeas
R.J.C:	Revista Jurídica de Cataluña
R.J.C.M:	Revista Jurídica de Castilla La Mancha
Rev La Ley:	Revista Jurídica La Ley

Rev.F.D.V:	Revista Facultad de Derecho de Venezuela
Riv TDDPr.civ:	Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile
RivDDPr:	Rivista Di Diritto Processuale.
RivTDPub:	Rivista Trimestrale Di Diritto Pubblico
SSCR:	Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
T.C.F.A:	Tribunal Constifucional Federal Alemán
T.C:	Tribunal Constitucional
T.S:	Tribunal Supremo
U.N.A.N:	Universidad Nacional Autónoma de México

# INTRODUCCIÓN.

De la supremacía de la norma fundamental que reconoce los derechos fundamentales y representa la organización política de una nación no hay discusión alguna. Sin embargo, esa norma que hace de columna vertebral al ordenamiento jurídico aparte de ir adaptándose a la realidad cambiante de cada Estado, necesita ser respetada para brindarle la consistencia al resto del ordenamiento y seguridad jurídica a las relaciones de los ciudadanos.

De ésta forma de ver las cosas y de un nuevo modo de entender la constitución, como norma jurídica suprema frente a la cual ninguno de los poderes constituido y en especial el Poder Legislativo, puede pretender el calificativo de soberano es que nace una de las ramas mas importantes del Derecho Constitucional, la Justicia Constitucional <sup>(1)</sup>.

La separación de funciones y las relaciones entre los Poderes fundamentales de un Estado, dentro del marco de la Constitución es un postulado básico del Estado de Derecho. A modo de limitación de la actividad gubernamental, la creación de un control interorgánico, de un

---

<sup>1</sup> García de Enterría Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid. Editorial Civitas. 1985.

Poder hacia otro, como lo es el ejercido por el Tribunal Constitucional, definitivamente repercute sobre esa organización constitucional <sup>(2)</sup>.

Así, en lo que respecta al Poder Ejecutivo hay una aceptación amplia del control de sus actos, lo cual en gran medida se debe a la existencia anterior de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa. Sin embargo, con respecto a los Poderes Legislativo y Judicial las relaciones tienen un enfoque totalmente distinto. En cuanto al Poder Legislativo en lo que toca al punto de la posibilidad para un órgano judicial de declarar inconstitucional una norma del legislador, generando una contraposición entre el pueblo soberano y la Constitución. En lo que respecta al Poder Judicial, que un órgano jurisdiccional pero fuera del Poder Judicial pueda controlar políticamente las decisiones del Tribunal Supremo.

El estudio de estas relaciones es de primer orden para definir la posición y eficacia de la Justicia en el ordenamiento jurídico.

Con el pasar de los tiempos la Justicia Constitucional se ha convertido quizás en la rama más importante del Derecho Constitucional por el auge que han tomado los Tribunales Constitucionales, los que sin duda alguna han ido adaptando la gran mayoría de las constituciones- rígidas y flexibles siguiendo parte de la clasificación Lowenstein- a las nuevas realidades y políticas emergentes de globalización que mueven el mundo, en otras

---

<sup>2</sup> Lucas Verdú, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Tecnos. Madrid. 1984, T IV, pp 827-828. Dice el autor que esa repercusión en el campo del Estado de Derecho es totalmente favorable: “ La doctrina es unánime en considerar que la Jurisdicción Constitucional es la máxima expresión del Estado de Derecho (...) significa la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo ”.



palabras se han convertido los Tribunales Constitucionales en la válvula de adaptación del derecho a la realidad cambiante.

Sin embargo, a pesar de las múltiples críticas que se han hecho a los Tribunales Constitucionales por el excesivo protagonismo que muchos de ellos han tomado, lo cierto es que con el pasar los años se consolidan, se consolidan formando parte importante del proceso democrático de muchos países y hay algunos que los ven como legitimadores de las decisiones políticas.

Este trabajo de investigación se orienta hacia el análisis de la doctrina de la legitimación del ciudadano en el proceso constitucional elaborada tanto por el Tribunal Constitucional Español como por la doctrina.

La legitimación es el ángulo trascendental para el ejercicio de los intereses y derechos substanciales de los ciudadanos o simplemente la carta de comodín de muchas Leyes Orgánicas de Tribunales Constitucionales para su denegatoria.

En los diferentes procesos constitucionales deben estar legitimados los sujetos que intervienen, por lo que debemos entender la legitimación como la posibilidad jurídica del pronunciamiento de fondo, aprobada por el órgano jurisdiccional con base en la invocación de un interés tutelado jurídicamente justificativo, en su caso, de la posición subjetiva de la parte en relación con el pedimento, de conformidad con el ordenamiento jurídico,<sup>(3)</sup> por lo tanto como nos dice FERNÁNDEZ SEGADO, es un a priori en cuanto al

---

<sup>3</sup> Almagro Nosete, José. *El derecho procesal en la nueva constitución*. R.D.P.Ib. No3, 1978.

fondo del asunto y tiene que ver con el fondo del mismo en cuanto determina la posibilidad jurídica del pronunciamiento sobre el mérito.

Pero a pesar de lo apasionado que resulta el tema, es difícil poder abarcar toda la materia concerniente a la legitimación constitucional, por lo que el marco de la presente investigación se reducirá a la legitimación activa del ciudadano en el proceso constitucional, que desgraciadamente se reduce prácticamente a un proceso, el de Amparo.

Este tema de trabajo surge como efecto de la práctica profesional, donde a través de los años he logrado descubrir, con la inocencia e idealismo de quien se iniciaba en el litigio, que el tema de la legitimación es el punto de partida para el ejercicio de todo derecho y defensa de intereses legítimos, sin embargo se suelen presentar en un muchas ocasiones actitudes que *atentan contra el sistema democrático social y de derecho*, donde la fe en los debidos procedimientos y procesos es el camino permanente que dinamiza la rigurosa y oportuna aplicación de la normativa vigente.

En una primera parte, la investigación se centra en el conocimiento de un marco teórico general sobre la Justicia Constitucional y el papel preponderante que día con día esta rama asume en los diferentes regímenes democráticos, así como también una referencia general sobre la garantías existentes en la protección de los derechos fundamentales, en otras palabras, un estudio sobre la Jurisdicción Constitucional de la Libertad.

Paralelamente a un análisis positivo de la Justicia Constitucional, se realiza una conceptualización y visión general de la legitimación, las diferentes corrientes doctrinarias que rodean el tema, así como su aplicación en los ordenamientos modernos. Utilizando el método comparativo constantemente se incluye un estudio sobre la doctrina de la legitimación y su funcionamiento en el proceso constitucional, tanto en España, como Italia, Francia, Alemania y Costa Rica.

Esta investigación se fundamenta en el contexto normativo español, por su enorme y admirable grado de vigorosidad. Lo anterior en virtud de que la experiencia jurídica española tiene efectos mediatos e inmediatos en todos aquellos países donde la unión sigue siendo estrecha y refleja, tal cual sucede con la legislación costarricense.

En otro orden de cosas, la investigación analiza las diferentes propuestas de reforma que se hacen en materia de legitimación, relacionadas con el recurso de amparo y que tienen como fin el restringir de alguna u otra forma el acceso de los ciudadanos a la Justicia Constitucional. La institución del Recurso de Amparo ha sido sobre la que en mayoría de ocasiones se han volcado los ojos de la doctrina, la que más crítica ha recibido en materia de legitimación, todo con el fin de limitar el acceso de los sujetos a dicho recurso ante el Tribunal Constitucional, ya que muchos de esos recursos son planteados por motivos frívolos que lejos de buscar amparo para una situación determinada, llevan como meta el atrasar la solución de esa situación.

En innumerables sentencias, verbigracia la número 10/81 del día 23 de octubre el Tribunal Constitucional Español ha dicho "...Ante la amplitud con que se regula la legitimación en el proceso de amparo constitucional..." , podríamos decir que ha sido el mismo Tribunal el que ha clamado por una reforma en este sentido, lo cual para algunos la reforma realizada a la LOTC, en su artículo 50 en el año 1984 no logró los resultados que se esperaban.

La cuestión, dice RUBIO LLORENTE, no es la de optar una vez más entre la injusticia y el desorden, la protección de los derechos subjetivos o la privación de un majestuoso derecho objetivo, sino la de construir un recurso de amparo que sirva realmente para el fin que la Constitución le asigna, aunque para no convertirlo en una apariencia carente de eficacia real haya que restringir de una u otra forma, el ámbito al que se extiende su protección. Lo que si es absolutamente indispensable dice éste autor e incluso urgente es la reforma de las leyes procesales para establecer de modo claro cual es la conexión entre esas leyes y los derechos que la Constitución garantiza y sobre todo para crear dentro del Poder Judicial medios eficaces de protección de los derechos fundamentales que resultan lesionados por errores en el procedimiento<sup>(4)</sup>.

En último lugar se enumeran las reformas que se proponen en la Ley de la Jurisdicción Constitucional en Costa Rica para tratar de dar un giro en

---

<sup>4</sup> Rubio Llorente, Francisco. *La Jurisdicción constitucional en España*. La ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994 Coloquio internacional, Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1995, pp 125-173.

la jurisprudencia de la Sala Constitucional y tomar esta el papel que realmente le corresponde, así como de evitar de alguna manera el colapso que sufre por el incremento de procesos que se ventilan ante la misma.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD.**

#### **1.-LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN.**

##### **1.1- La Constitución y su garantía jurisdiccional.**

La norma constitucional, en cuanto vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos, debe ser preservada y para ello cuenta con un conjunto orgánico y funcional de instituciones y actividades que tienen como meta remediar las transgresiones, ya sean generales o particulares, que se cometan contra la misma.

La llamada teoría de defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que establecen los ordenamientos constitucionales para conservar tanto la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo y evolución de las propias normas constitucionales<sup>(1)</sup>.

---

<sup>1</sup> Fix Zamudio, Héctor. *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México. 1968. Pág 104. Vid también del mismo autor *La Defensa de la Constitución y los sectores que la integran*. UNAN-Corte Constitucional de Guatemala. México. 1994. Pág 17. Comenta que se pueden distinguir dos sectores el primero la protección de la Constitución, compuesto por los factores políticos, económicos y sociales creados con el objeto de limitar el poder y el

La característica principal del constitucionalismo fue la traducción de sus principios en declaraciones de derechos, cartas constitucionales o constituciones, atribuyendo suficiente fuerza a los derechos y libertades que se reconocían en esos instrumentos a través de la limitación del poder real, mediante técnicas como la separación de poderes y la creación de parlamentos representativos. La declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como otros documentos anglosajones a los cuales nos referiremos más adelante, fueron la consecuencia de los preceptos constitucionales que regulan las garantías jurisdiccionales de los derechos y libertades, pues no basta solamente el reconocimiento sino también unos mecanismos susceptibles de garantizar en la práctica la eficacia real <sup>(2)</sup>.

Del carácter normativo y fundamental de la Constitución no existe duda alguna, sin embargo debe ser protegida y defendida frente a los poderes públicos cuando estos tiendan a desconocerla. La misma constitución gradúa la fuerza normativa de sus disposiciones y se encarga de

---

segundo sector las garantías constitucionales lo constituyen los mecanismos jurídicos de naturaleza procesal dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando ha sido violado o desconocido.

<sup>2</sup> Carrillo, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales Ordinarios*. C.E.C. Madrid. 1995. Pág 23. Vid también García Morillo, Joaquín. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Tirant lo blanch alternativa. Valencia. 1994. Pág 22.

predisponer un completo sistema de garantías que asegure el respeto a su supremacía <sup>(3)</sup>.

En lo referente a las garantías, tema sobre el más adelante volveremos, debemos decir que existen mecanismos de protección de diversa naturaleza, y que parte de la doctrina <sup>(4)</sup> las clasifica, para efectos meramente didácticos, en **formales**: la rigidez constitucional y la reserva de ley; **institucionales**: el defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal; **jurisdiccionales**: el Poder Judicial, llamado a la protección de la Constitución mediante mecanismos que ella misma establece. Y el cuadro se completa con la **jurisdicción constitucional**, que encomienda a un órgano específico, la mayoría de las veces llamado Tribunal Constitucional, el control de la constitucionalidad de las leyes, la protección de los derechos fundamentales y el reparto constitucional de competencias.

De lo expuesto y a efecto de ir marcando nuestro objeto de estudio, por el momento haremos referencia a la Justicia Constitucional.

La Justicia Constitucional comprende el ejercicio jurisdiccional de funciones delimitadas por el objeto de Derecho Constitucional sobre los que

---

<sup>3</sup> García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Madrid. 1985. Pág 48.

<sup>4</sup> Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. *El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales*. AA VV. La aplicación jurisdiccional de la Constitución. Edición a cargo de Gerardo Ruiz-Rico Ruiz. Tirant Lo Blanch Alternativa. Valencia. 1997. Pág 113.



versan sus decisiones. Según ZAGREBELSKY, está constituida por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aunque no se agota solamente en esto. Comprende también la teoría de la Constitución como norma sustancial. De esa forma, la Justicia Constitucional debe ser concebida, no como una suma de estos dos elementos, sino más bien, como la unión de ambos, porque cada concepción de la Constitución lleva en sí una concretización del procedimiento, así como cada concepción del procedimiento implica una concepción de la Constitución. No existe ni un antes ni un después, sino una recíproca implicación <sup>(5)</sup>.

LUCAS VERDÚ, utilizando el término Justicia Constitucional, afirma que es mediante ésta como se cumple y asegura el orden fundamental en la medida que se aplican a casos concretos las normas constitucionales, se esclarece el ámbito de aplicación de tales normas, se garantiza el cumplimiento de la ley fundamental que prevalece sobre la norma ordinaria e

---

<sup>5</sup> Zagrevelsky, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Il Mulino Editore. Bolonia. 1977. Pág 19 Para Stern, Klaus. Justicia Constitucional es la institución que decide en última instancia de manera vinculante sobre las cuestiones jurídico constitucionales y que asegura la sanción del derecho constitucional. *Derecho de Estado en la República Federal Alemana*. C.E.C. Madrid, 1987. pág 255. Por su parte el profesor Aragón Reyes cuestiona el término Justicia Constitucional y dice no ser apropiado en virtud de que el control no siempre es realizado en los distintos Estados donde existe por órganos judiciales y a través de un procedimiento jurisdiccional. Tampoco le parecen acertadas los términos defensa constitucional, garantía de la Constitución. Cfr. *El control de la Constitucionalidad en la Constitución de 1978*. R.E.P. No 7. Ene-Feb. 1979. Pág 171. Sagués, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. Recurso Extraordinario. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1989. TI, pág 4. Considera que se debe hablar no de Justicia Constitucional, sino de Jurisdicción Constitucional, entendida ésta como la actividad estatal de índole jurisdiccional encargada de decidir en las cuestiones de materia constitucional.

incluso, se va integrando el derecho Constitucional. Es a través de ella donde el orden constitucional adquiere conciencia de su validez y del esfuerzo por garantizar la justicia mediante la misma y es que, a través de la jurisdicción constitucional, la Constitución se va integrando y se ajusta a las transformaciones sociales. Es la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia <sup>(6)</sup>.

El profesor DE VEGA GARCÍA mira hacia el fin último de ésta y dice que sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica, aparte de que no se trata de negar los supuestos en que reposa todo el constitucionalismo, sino de procurar que esos supuestos no queden convertidos en letra muerta de la ley. Para cumplir esta doble misión, en un universo político descompuesto y caótico, es para lo que precisamente aparece la Justicia Constitucional <sup>(7)</sup>.

## **1.2- La Jurisdicción Constitucional y su repercusión en la División de Poderes.**

La introducción de órganos contraladores del ejercicio de la función del legislador, históricamente incuestionable por su legitimidad, influye de un

---

<sup>6</sup> Lucas Verdú, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Vol II. Editorial Tecnos. Madrid. 1977. pág 687.

<sup>7</sup> De Vega García, Pedro. *Jurisdicción Constitucional y crisis de la Constitución*. R.E.P No 7.1979 Pág 95.

modo notorio sobre el esquema de la organización de poderes, provocando críticas como las que lo consideran una intervención ilegítima del poder judicial al definir como legislativa su naturaleza jurídica <sup>(8)</sup>.

Considerar como legislativa la función de determinar la constitucionalidad de las leyes, traslada a su vez los métodos decisorios que utiliza el legislador al órgano judicial. Es ahí donde se insiste en que el control realizado por el juez es control político -con fundamento político- y surgen los fantasmas de la peligrosidad de la justicia constitucional transformada en una función de oportunidad y conveniencia <sup>(9)</sup>.

---

<sup>8</sup> Cappelletti, Mauro. *La Justicia Constitucional*. EUNAN. México. 1987. Pág 128. La definición de la naturaleza jurídica del control se estudiará más adelante, por el momento valga exponer el punto de vista a que se hizo referencia: "...la justicia constitucional, la cual en realidad no sería verdadera jurisdicción sino legislación y antes aun, legislación constitucional, importaría, por estar confinada a órganos no legislativos, el nacimiento de un nuevo poder (...) destinado por su naturaleza a ejercer una miserable función conservadora falto como está de una directa investidura popular y de contactos inmediatos con las exigencias de la sociedad, en las cuales debería estar inspirada siempre toda buena legislación..." Vid también del mismo autor *¿Renegar de Monstequieu? Y la legitimidad de la Justicia Constitucional*. R.E.D.C. No 17. 1986. Pág 9

<sup>9</sup> Se llega a concebir al contralor de constitucionalidad como un "cuarto poder paralelo -o más bien superior?- a los demás poderes" ("vierte Gewalt neben -oder sogar über ?- den anderen Gewalten") Cappelletti Mauro, Ob.. *La Justicia*.,cit., p.130 y en la mayoría de los casos la aseveración se acompaña de una advertencia sobre el peligro de la politización del juez constitucional, y son, sin embargo, las consecuencias jurídicas de sus fallos lo que en verdad afecta la legislación del Estado "...el legislador (orgánicamente el Parlamento) es, en cierto sentido, destronado, al ver sometida su actuación a unas limitaciones cuya transgresión puede ser sancionada, no ya políticamente por el electorado, como teóricamente sucedía hasta ese momento, sino jurídicamente, con la invalidación de las normas..." Rubio Llorente, Francisco. Presentación a Alonso García, Enrique. *La Interpretación de la Constitución*. C.E.C. Madrid. 1984, p. 18. Dice el autor que surge como derivación de este planteamiento, la preocupación del control para el contralador, la desconfianza al juez, para lo cual la única respuesta está en la autolimitación: "El remedio que más frecuentemente se

Se pretende, a partir de la excusa de la politización del poder judicial, equiparar el papel que realiza cada uno de estos órganos (Legislativo-Judicial) dentro de la división de poderes, llegando a la conclusión simplista de que sus funciones son fungibles, o lo que es lo mismo, que ambos realizan una misma función. Se reconoce la existencia de un determinado poder (¿el poder de interpretar la Constitución?) que es posible, sea ejercido indistintamente por el legislador o el juez, dependiendo de si se instituye en el sistema el control de constitucionalidad <sup>(10)</sup>. En estos casos se malinterpreta la función que desempeña un contralor de constitucionalidad en el esquema de poderes, por ejemplo, al atribuírsele supremacía sobre el Parlamento, ya que su labor debe contemplarse desde cánones jurídicos. El problema debe distinguirse entre lo jurídico y lo político<sup>(11)</sup>.

---

recomienda para evitar esta legítima usurpación por el juez del lugar que corresponde al legislador es el puramente pragmático del self-restraint..."

<sup>10</sup> No en el estricto sentido al que me estoy refiriendo, pero partiendo de premisas similares opina Rubio Llorente que "...la desconfianza frente al legislador, no puede llevar a sustituir ese poder por el, también ilimitado, de un juez que crea libremente derecho con pretexto de la Constitución." Rubio Llorente, Francisco en Alonso García, Enrique. Ob...La interpretación...cit...p.14. De este mismo comentario hay otro dato a tomar en cuenta y es que parece ser cierto que el momento de aparición del control de constitucionalidad en un país, probablemente esté determinado por pérdida de confianza en el legislador.

<sup>11</sup> Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y Democracia*, Editorial Tecnos, Madrid. 1989, p.123. "El Tribunal Constitucional no es el único, sino el supremo intérprete jurídico de la constitución . Su único (aquí si) intérprete político es el legislador (...) El legislador no es poder constituyente, pero el Tribunal tampoco. La diferencia estriba en que precisamente es el legislador (y no el Tribunal) el poder constituido llamado a proyectar legislativamente la Constitución". Vid Kirkchhof, Paul *Tareas del Bundesverfassungsgericht en un época de cambios*. R.E.D.C. No 49. Enero-Abril 1997. Pág 30. Dice el autor que el legislador es el primer intérprete de la Constitución

Vemos entonces que, desde el único plano en que las dos instituciones podrían ser equiparadas es en el plano de la Constitución, pues ambas son sus intérpretes, sin embargo, en sentidos disímiles <sup>(12)</sup>. Precisamente, el problema de unir bajo una misma óptica los dos tipos de interpretación acaba en el intento de establecer la superioridad de una sobre la otra, teniéndose casi siempre como la interpretación más autorizada la judicial<sup>(13)</sup>. Parte del problema radica en que se ha reconocido en la Constitución la fuente que determinará cuál de los poderes es superior en el ordenamiento. Así, aquel que pueda desarrollar el contenido de las normas constitucionales, establece las reglas de las relaciones de poder <sup>(14)</sup>. De ahí la gravedad del conflicto en cuanto a este punto, entre legislador y juez, la constante pretensión de dos

---

y el Poder Judicial el segundo. El punto de partida es la obligación del Tribunal Constitucional de confiar a los tribunales la interpretación y aplicación de las leyes y de limitarse a examinar si los tribunales han tenido en cuenta los parámetros constitucionales de valor, si han considerado los efectos de irradiación de los derechos fundamentales.

<sup>12</sup> "...los mandatos constitucionales son susceptibles de desarrollo infinito, tanto por el juez como por el legislador y que ambos pueden llegar a soluciones divergentes." Alonso García Enrique. Ob..La interpretación..cit..., p.26.

<sup>13</sup> "...la sujeción del legislador a la Constitución y la judicialización de tal sujeción tiene como consecuencia, de una parte, que esa libertad, por amplia que se la quiera, haya de tener límites y, de la otra, que esos límites no sean otros que los establecidos por el juez a partir de la interpretación 'jurídica' de los mismos preceptos constitucionales. Todo conflicto constitucional es pura y simplemente el enfrentamiento de dos interpretaciones: la del legislador y la del juez." Rubio Llorente, Francisco. Ob. En presentación Alonso García.. La interpretación....cit...pág 11.

<sup>14</sup> Canosa Usera, Raúl. *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*. C.E.C. 1984. Pág 232. "Tales principios son interpretados por el Tribunal, con lo cual éste goza de una capacidad de control del legislativo potencialmente enorme..."

poderes distintos, Tribunal Constitucional y Parlamento, de ser ellos los titulares de la especificación de los preceptos constitucionales. Tanto la ley como la sentencia constitucional desarrollan la Constitución <sup>(15)</sup>.

Sin embargo, en cuanto a la Constitución como criterio definitorio de la ubicación en la división de poderes de la justicia constitucional respecto al poder legislativo, es importante recordar en primer lugar, que es parte del ordenamiento **jurídico**, y en segundo término, que es límite para todo poder derivado, por lo que la interpretación y desarrollo que de ella haga el legislador no puede contradecirla. Constantemente se asocia libertad con política y restricción con jurídico <sup>(16)</sup>. A efectos de atacar la intervención del poder judicial en la legislación esto es válido parcialmente, pues, aun cuando el Parlamento no necesita fundamentar jurídicamente sus decisiones, debe mantenerse en los marcos jurídicos de la Constitución, lo cual debe ser constatado en la labor de la jurisdicción constitucional<sup>(17)</sup>.

---

<sup>15</sup> Alonso García Enrique. Ob. La interpretación...cit., p.24.

<sup>16</sup> "...el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro es, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas. No de interpretaciones jurídicas sino de interpretaciones políticas..." Rubio Llorente, Francisco. Ob. Presentación La interpretación ..cit..., p.11.

<sup>17</sup> "...la posibilidad de desarrollar directamente la Constitución no está atribuida en exclusiva ni al Parlamento ni al Tribunal Constitucional, sino a ambos. En último término, es verdad, el Tribunal controla el desarrollo culminado por el legislador, que no puede rebasar unos límites contenidos en la Constitución. y sobre los cuales el juez constitucional elabora una interpretación definitiva." Canosa Usera, Raúl. Ob...Interpretación..cit., p.63.

De este modo, la interpretación política debe continuar dentro del margen de la Constitución, que es el punto de partida del control judicial.

A pesar de la evidente validez del control de constitucionalidad dentro de un nuevo orden en el esquema de división de poderes, es posible que la justicia constitucional atraviase sus propios límites y afecte ilegítimamente la función legislativa <sup>(18)</sup>. Esto porque en la línea de relación legislador-juez constitucional, es el trabajo de este último el que presenta más actividad hacia el legislador, ya que los actos que realiza en una gran mayoría, afectan directamente la validez de las leyes en el ordenamiento y le es más fácil por tanto, violentar el límite que existe entre ellos <sup>(19)</sup>. Consecuentemente esta

---

<sup>18</sup> Ejemplo de ello es este voto salvado del magistrado Tomás Y Valiente del Tribunal Constitucional español, quien consideró que en la resolución que improbaba se transgredía la función jurisdiccional: "La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Si se actúa así, y así se ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo." Tomas y Valiente, Francisco. Voto particular STC 53/1985, de 11 de abril, citado por Aja Elíseo/Carrillo Marc/Alberti Enoc, *Manual de Jurisprudencia Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid. Vol.I, 1990, p.73.

<sup>19</sup> Inclusive, las posiciones que aceptan el desempeño de los tribunales constitucionales, no dejan pasar por alto algunas categorías de resolución en los que el contralor parece excederse en su función, en detrimento del legislador.

El caso español suscita una serie de interrogantes al respecto, sobre cierto tipo de sentencias del Tribunal Constitucional:

-Así, en las sentencias interpretativas se declara constitucional un precepto en tanto sea interpretado del modo que ahí mismo señala el Tribunal. También se dan casos en los que se resuelve más bien que no debe interpretarse una norma en un sentido que se tiene como inadecuado. Aunque en ambas situaciones no se produce la reconstrucción, propiamente, de la norma, al restringirse el sentido de legislación común, pueden entenderse las restricciones como labor legislativa.

-En lo que respecta a las sentencias substitutivas, el Tribunal indica la redacción que debe tener una norma para ser constitucional, generando al igual que el supuesto

situación le inviste de la responsabilidad de ser quien debe apreciar con mayor cuidado esa barrera <sup>(20)</sup>.

Al respecto, cabe aclarar que los tribunales de constitucionalidad al actuar dentro de sus límites, renuevan y refuerzan la doctrina de división de poderes, lo cual se evidencia en algunos de los principios básicos que rigen su funcionamiento:

a) Se presumen constitucionales los actos de los poderes públicos, significando esto que la inconstitucionalidad de un acto por parte de otro de los poderes se declara únicamente si es necesario y con base en razones graves y sólidas.

b) El razonamiento que se utiliza para determinar la inconstitucionalidad es jurídico y no político.

c) Se reconocen límites intrínsecos de la función legislativa, con base en los cuales se juzga la constitucionalidad <sup>(21)</sup>.

---

anterior, dudas sobre su legitimidad. Lavilla, Landelino. *Constitucionalidad y Legalidad*: Jurisdicción Constitucional y Poder Legislativo, División de Poderes e Interpretación: Hacia una Teoría de la Praxis Constitucional. Editorial Tecnos. Madrid. 1987, p.66.

<sup>20</sup> Pérez Royo, Javier. *Tribunal Constitucional y División de Poderes*. Editorial Tecnos. Madrid. 1988, p.23. "...es entonces el Tribunal Constitucional el que tiene que autolimitarse al interpretar el texto constitucional, para no transformar la prerrogativa de la interpretación de la Constitución en un monopolio de hecho e interferir indebidamente en la competencia de los otros órganos del Estado."

<sup>21</sup> Lavilla Landelino. Ob..Constitucionalidad cit...,p. 63.



Las críticas al ejercicio de la función del Tribunal de Justicia Constitucional, casi llegan a afirmar la inexistencia de algún límite jurídico que la defina o la inutilidad de éstos, puesto que, para que se diera el fenómeno de la autoatribución de funciones legislativas primero debió violentarse esa frontera que imponen las normas que regulan su funcionamiento<sup>(22)</sup>, que en el caso español serían básicamente la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Por supuesto que el problema revestirá una mayor o menor gravedad dependiendo de cuán completo sea el ordenamiento normativo que regule las actuaciones del poder judicial, ya que en algunas situaciones puede producirse: "...una *zona de penumbra* que CRISAFULLI ha llamado, con acierto, *zona crítica* del control de constitucionalidad. Se trata de un terreno resbaladizo en el que se roza la libertad de conformación política del legislador, o la reserva de jurisdicción del poder judicial y en la que el Tribunal se mueve por tanto, con inseguridad. En esta área es donde se producen las llamadas sentencias interpretativas, manipulativas, apelaciones al legislador, en fin, todas aquellas técnicas por las que el Tribunal ejercita un *self restraint* ante el horror al vacío normativo o a invadir el terreno esencial del legislador"<sup>(23)</sup>.

---

<sup>22</sup> García Roca, Javier. *El conflicto entre órganos Constitucionales*. Tecnos. Madrid. 1987. Pág 122. "...la noción de `invasión' se produce cuando la ley atribuye a una autoridad una potestad para actuar y otra autoridad niega tal atribución y usurpándosela ejerce tal potestad como propia."

En estos casos quedaría el mantenimiento del equilibrio de poderes a cargo del razonamiento jurídico del juez constitucional.

Una parte de la doctrina se manifiesta más bien en la dirección que propugna por analizar objetivamente la función de un Tribunal Constitucional<sup>(24)</sup> y dejar de formular conjeturas sobre los posibles puntos vulnerables que pueda tener ese ejercicio, no encontrando lógica la idea de considerarlo como soberano árbitro del orden constitucional, cuando más bien fortalece la autoridad de los poderes controlados, al ser garantía de que el ejercicio de sus funciones se mantendrá en la esfera de la Constitución <sup>(25)</sup>.

---

<sup>23</sup> Rodríguez-Zapata, Jorge. *Métodos y Criterios de Interpretación de la Constitución en los seis primeros años de actividad del Tribunal Constitucional*. Obra colectiva División de Poderes e Interpretación. Editorial Tecnos. Madrid. 1987, p. 158.

<sup>24</sup> Objetivamente lo utilizamos, en primer término, para reafirmar que nos encontramos ante el ejercicio de función jurisdiccional, la cual no se limita a la aplicación mecanicista de normas anteriores sino que por definición consiste en decir el Derecho, es obvio que se cae en el positivismo puro al querer restringir el concepto de Derecho a la Ley: "...al órgano judicial no le ha sido nunca encomendada la labor de dejar sin efectos de *motus proprio*, la normativa vigente, así como tampoco, es función suya la creación de normas aisladas y mucho menos cuerpos normativos. Lo que sí puede hacer el órgano judicial es crear Derecho. Es más, es su deber ante cualquier omisión del sistema jurídico y en relación al caso concreto." Sáenz Elizondo María A. *Algunas Reflexiones sobre la Naturaleza, Función y Significado de la Jurisdicción Constitucional*, R.C.J. No 70, sept-dic.1991, pág 43.

<sup>25</sup> Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*. Civitas. Madrid. 1987. Pág 69. "No se puede designar realmente como 'soberano' a quien no puede actuar más que represivamente, a quien carece de toda iniciativa propia para la configuración política, a quien sólo puede actuar a petición de otro órgano estatal o de un ciudadano lesionado, a quien, finalmente, en el desempeño de su función de control, tiene que limitarse a los asuntos que -considerados desde el punto de vista del órgano de control- le llegan casualmente."

Sin embargo, algunas teorías en vez de centrarse en el perfeccionamiento de los mecanismos de autocontrol del juez, buscan remedios basados en la extrema desconfianza en el órgano jurisdiccional, lo que ha desembocado en un razonamiento basado en el criterio de especialidad de cada poder en el ejercicio de su función que propone conservar el control cuestionado dentro de la misma organización del Parlamento<sup>(26)</sup>, olvidando la utilidad y eficacia del control interorgánico. En este mismo sentido, MASON afirma que, teóricamente, la igualdad que existe entre los Poderes del Estado, hace presuponer que cada uno de ellos tiene la competencia suprema en la materia específica de ese Poder. Con base en esto concluye que es el Poder Legislativo es llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de sus propios actos<sup>(27)</sup>.

Para nosotros, como se indico anteriormente, la inserción del control de constitucionalidad dentro de actual esquema de división de poderes, tiene efectos beneficiosos en relación con el fin que se asigna a este principio. Es decir, si el “telos” ideológico de la separación de funciones ha sido en todo tiempo y doctrina el control del poder en favor del individuo, el papel de la

---

<sup>26</sup> "Por un lado, el control en cuestión significa vigilar la actividad legislativa del Parlamento, al que se considera como órgano soberano en toda forma republicana del Estado. Se critica el control del Parlamento porque hace del órgano de control un ente funcionalmente superior al Parlamento. Esta es una razón a favor del autocontrol o al menos del control a través de un cuerpo político que dependa del Parlamento." Wroblewski, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Traducción de Arantxa Azurda. Editorial Civitas. Madrid. 1985. Pág .97.

<sup>27</sup> Mason Alpheus/Stephenson Donald. *American Constitutional Law: Introductory Essays and selected cases*. Prentice Hall. New Jersey, IX Edición. 1990. Pág 49

Justicia Constitucional refuerza este fin al instituirse como control del poder legislativo para nuestro efecto. Consecuencia de la función de control es la asignación de poder que implica ese control, lo cual lo ubica en el juego de los poderes "clásicos" y hace indispensable estar consciente de la necesidad de sus propios límites o autocontroles. Se reconoce un valor especial a la justicia constitucional en la separación de funciones sobre todo en cuanto altera el equilibrio clásico de poderes, generando para unos autores nuevas situaciones de control como subordinación, y para otros de control como interrelación en un mismo nivel<sup>(28)</sup>.

La importancia de la creación de este sistema radica también en que, al cuestionarse la actividad parlamentaria desde el ámbito judicial, se cuestiona también el dogma de la división tripartita estricta, que se utilizó repetidas veces para fundamentar la soberanía e "inmunidad" del poder legislativo.

Los tribunales constitucionales ayudan a demostrar que ninguna función puede ejercerse sobre el límite de la Constitución y precisamente, en virtud del principio de separación de poderes, no es posible eliminar el control de constitucionalidad como mecanismo de equilibrio de la distribución elaborada a partir de ese principio <sup>(29)</sup>.

---

<sup>28</sup> Schneider, Hans-Peter. *Jurisdicción Constitucional y Separación de Poderes*. R.E.D.C. No 5. Año 1982. Pág 40

<sup>29</sup> Al respecto dice Canosa que, aunque el fin primero de la jurisdicción constitucional no es el mantener el equilibrio político de los poderes "Es evidente, sin embargo, que la misión del órgano de Justicia Constitucional, en cierta medida, supone enjuiciar al poder legislativo." Canosa Usera, Raúl. Ob...Interpretación... p.232.

Los efectos de la creación de contraladores de constitucionalidad pueden señalarse, entonces, en dos sentidos: el del replanteamiento de la estructura de poderes del Estado al incluir un nuevo control <sup>(30)</sup> y el de la negación, tanto del dogma de la imposibilidad de acción del poder judicial<sup>(31)</sup> en el legislativo, como del "principio" de la superioridad del Parlamento en el orden constitucional.

### **1.3- El fundamento de la Justicia Constitucional dentro del Estado Democrático de Derecho.**

En el Estado pluralista moderno, se presentan múltiples controversias políticas, entendidas éstas como aquellas que tienen como objetivo la conquista, el mantenimiento, la distribución y el uso del poder político en el seno de la sociedad. A su vez, la Constitución tiene como objetivo principal la delimitación del ámbito propio de cada uno de los órganos estatales,

---

<sup>30</sup> "...ubicación de la Sala Constitucional dentro de la estructura estatal. En la clásica división de poderes, se erige un nuevo sujeto capaz de garantizar el imperio de la Constitución, no con el objeto de minimizar o rasgar la soberanía de la cual se encuentran investidos al haberle sido confiada por el pueblo (Artículos 2 y 105 de la Constitución Política) y de la cual gozan con plena autonomía, sino el de actuar el mandato del poder constituyente e incluso del legislador reformador; no el de transformarse en legislador positivo, sino el de garantizar la primacía constitucional. Por ello, bien podría ubicársele como 'comisionado directo del poder constituyente', en el cual ha de encontrar sus funciones y pautas normativas."Rodríguez Vega,Alejandro. Presentación, Revista de Derecho Constitucional, San José, N°1, Enero-Abril, 1991, p.8.

<sup>31</sup> "La función judicial por vía de la Justicia Constitucional, ha visto en la última parte de este siglo crecer en gran medida su papel dentro del esquema de poderes." Canosa Usera , Raúl. Ob. Interpretación...cit...,p.125.

estableciendo, de manera concomitante, limitaciones a sus esferas de actuación.

Entonces, cuando surgen estas controversias políticas, que a su vez se convierten en controversias constitucionales, éstas deben ser resueltas mediante mecanismos jurídicos, es decir, por un órgano independiente superior y con arreglo a normas jurídicas. Por ello la necesidad que implica hacer eficaces las limitaciones que la Constitución impone a los diferentes órganos del Estado, es que se explica y justifica la existencia de la Justicia Constitucional y por consiguiente de los Tribunales Constitucionales. Y según la doctrina dominante sin control constitucional de las leyes no existe Constitución en ningún sentido<sup>(32)</sup>.

Por su parte, el profesor IGNACIO DE OTTO sostiene que el papel de la jurisdicción Constitucional es mantener la Supremacía de la Constitución, papel que le corresponde en concreto al Tribunal Constitucional, mediante su competencia para invalidar las normas y actos que contradigan los preceptos constitucionales. Esto lo lleva a la conclusión de que la fórmula del artículo 9.1 de la C.E. (" que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento"<sup>(33)</sup> ") es innecesaria por cuanto existe la Jurisdicción Constitucional <sup>(34)</sup>.

---

<sup>32</sup> García Cotarelo, Juan. *Los fundamentos socio-políticos de la Jurisdicción Constitucional*. R.D.P. No 33. 1991. Pág 30. Comenta que la Jurisdicción Constitucional surge como reacción cautelar conservadora, ante la eventual desmesura en las actuaciones de un legislador democráticamente legitimado.

### **1.3.1.- Fundamentación de la Justicia Constitucional.**

Ya se ha visto en que forma la Constitución es pacíficamente aceptada como un orden normativo, que preside el proceso político y la vida colectiva de la nación de que se trate. También es cierto que la Constitución es una forma precisa y constante de gobierno o, si se prefiere, la expresión de los derechos y obligaciones de los diferentes poderes que lo componen, por lo que es necesario incluir dentro de ella mecanismos de orden procesal, tendentes a garantizar el respeto de los derechos fundamentales consagrados en favor de los ciudadanos y, consecuentemente, a castigar y eliminar en la práctica judicial, los abusos cometidos contra ellos por los diferentes órganos estatales y demás particulares<sup>(35)</sup>.

Es evidente que los Tribunales Constitucionales deciden siempre conflictos políticos, pero lo característico es que tal resolución se realiza por medio de criterios y métodos jurídicos. La explicación a esto, según CAPPELLETTI está en la posesión de distinta funcionalidad normativa, dado que sus decisiones resuelven conflictos políticos, que, en cierta medida, son

---

<sup>33</sup> Santaolalla, Fernando. *Vinculación de la Constitución y Control de las leyes*. R.C.G. No 5. II Cuatrimestre. 1985. Pág 182.

<sup>34</sup> De Otto Pardo, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Ariel. Barcelona. 4 reimpresión 1995. Pág 24. Opina sobre la no necesidad del reconocimiento por cuanto implícitamente está reconocido el carácter normativo y universal en todas sus partes y contenidos.

<sup>35</sup> Pérez Royo, Javier. Ob..Tribunal..cit.....,pág 62.

también decisiones políticas sin perjuicio de su característica jurisdiccional<sup>(36)</sup>.

Existen múltiples propuestas para afirmar la legitimidad de las actuaciones del Tribunal Constitucional que para muchos es simple de hallar, pues reside en la Constitución, de la que ellos son representantes o defensores. Para llegar a esta conclusión se utiliza como medio la teoría que explica la generación del poder derivado a partir del poder constituyente. El legislador es poder derivado y aunque los tribunales constitucionales también lo son, razonan sus decisiones en los motivos del poder constituyente, en cierto modo lo representan <sup>(37)</sup> y esa representación de la Carta Política es precisamente otorgada por la Constitución.

---

<sup>36</sup> Cappelletti, Mauro. Ob. *Tribunales Constitucionales...* cit. pág 604. Sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional la doctrina se divide en dos grandes sectores, de un lado quienes afirman la naturaleza jurisdiccional, y por consiguiente no política de los Tribunales Constitucionales, tendencia dominante en la doctrina alemana y española. Vid también como defensores de la naturaleza jurisdiccional además del citado Cappelletti, Aragón Reyes. *El control de la Constitucionalidad en la Constitución de 1978*. R.E.P No 7, pág 173. García de Enterría. *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el Sistema Español. Posibilidades y Perspectivas*. AA.VV. El Tribunal Constitucional . I.E.F. Pág 100. Faller, Joachin. *Defensa Constitucional por medio de la Jurisdicción Constitucional en la R.F.A.* R.E.P No 7 , 1979. Pág 56. González Pérez, J. *Derecho Procesal Constitucional*. Civitas. Madrid. 1983. Pág 75 Y como defensores de la naturaleza política Santaolalla López, F. *Naturaleza del Control de la Constitucionalidad de las leyes*. R.C.G. No 24. Pág 115. y Martínez Sospedra, Manuel. *El Tribunal Constitucional como órgano político*. AA.VV. El Tribunal Constitucional. I.E.F. Pág 1810. entre otros a Lucas Verdú. *Curso de Derecho Político* T IV. Tecnos. Madrid. 1984. Pág 824. Este autor refiriéndose al ordenamiento español dice “que tanto por su ubicación en el ordenamiento constitucional, como por su composición y por sus funciones, aunque revista formas judiciales y sobre todo por su máxima función de defensa de la Constitución, así como por las materias en que decide, es un *órgano constitucional supremo con evidentes características políticas*”.



Para el profesor CANOSA la legitimidad de la jurisdicción constitucional se sustenta en primer lugar, en que el Tribunal Constitucional es creado por voluntad constituyente, es decir, con base en una reforma de la Constitución y, en segundo lugar, califica la labor del contralador como popular en tanto que guía su interpretación por la fórmula política. La legitimidad de este radicaría, entonces, en ser el intérprete de la fórmula política, la que a su vez justifica su pronunciamiento y fija los límites de su labor<sup>(38)</sup>.

Otra parte de la doctrina ve la legitimidad de la jurisdicción constitucional en la motivación de sus resoluciones, al tratarse la constitucionalidad de un problema jurídico resuelto por un órgano jurisdiccional, los pronunciamientos sobre el punto deben ser motivados, lo

---

<sup>37</sup> La distinción entre poder constituyente y poder constituido explica así la posibilidad de someter a control las decisiones del poder constituido que realiza el TC(...) pone de relevancia la existencia de un límite impuesto a los poderes públicos y la necesidad de arbitrar un sistema de nuevos equilibrios de poderes, en lo que parece consistir en definitiva el Estado Democrático de Derecho. Quadra-Salcedo Del Castillo Fernández, Tomás. *Interpretación de la Constitución y Órganos del Estado*. División de Poderes e Interpretación. Editorial Tecnos. Madrid. 198. Pág 31. Vid García de Enterría. Ob...La Constitución como....cit...pág 20. Opina el autor que el T.C. es un comisionado del poder constituyente para que defienda la Constitución y mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos. Vid también García Pelayo, Manuel. *La División de Poderes y su control jurisdiccional*. R.D.P. No 18-19. 1983. Pág 14. Dice el autor que función esencial de un Tribunal Constitucional es custodiar esa permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente(es decir la Constitución) y los poderes constituidos, que nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquel.

<sup>38</sup> Canosa Usera, Raúl. Ob. Interpretación....cit...Pág 262.

cual le da al juez cierta autoridad sobre el *modus operandi* meramente político, de la legislatura <sup>(39)</sup>.

Otra tesis ve que la necesidad de la Justicia Constitucional radica en que el desarrollo positivo de la Constitución es un proceso del cual forma parte el órgano de jurisdicción constitucional. Antes de ese momento las leyes están en cierto modo inacabadas. En la medida en que la tarea fundamental del Tribunal es el control de la constitucionalidad de las leyes, es evidente que la función legislativa no termina en la propias Cortes. En realidad, si el Tribunal Constitucional declara inconstitucional una ley o parte de una ley, el resultado final de la actividad legislativa de las Cortes queda modificado <sup>(40)</sup>.

Por último, otra posición sostiene que, de algún modo, la jurisdicción constitucional es representativa del pueblo, en tanto que el acceso de toda persona es más simple a ese órgano que en cualquier otra entidad pública.

---

<sup>39</sup> “...con una práctica contraria a la de los parlamentos, los Tribunales habitualmente plasman las motivaciones de sus decisiones en opiniones escritas accesibles al público, práctica que puede considerarse como un esfuerzo continuo para convencer al público de la legitimidad de esas decisiones.” Cappellletti, Mauro. ob.cit..pág 328. Para Deutsch citado por Alonso García, el que los Tribunales Constitucionales justifiquen sus decisiones no demuestra de ningún modo una prevalencia sobre el poder legislativo, sino que es una consecuencia lógica ante la ausencia de legitimación democrática de su elección. Alonso García, Enrique. Ob. La interpretación....cit..pág 55.

<sup>40</sup> Aparicio Pérez, Miguel/Solé Tura, Jordi. *Las Cortes Generales en el Sistema Constitucional*. Tecnos. Madrid. 2 Edición. 1988. Pág 194. Lo que se pretende explicar es que la labor de la jurisdicción constitucional está dentro del proceso de elaboración de las leyes.

Así se entienden que estos órganos tienden a la democratización de las labores del Estado <sup>(41)</sup>.

En resumen, nos dice el profesor LUCAS VERDÚ que la Jurisdicción Constitucional tiene por objeto una materia política, pues las leyes suponen, en definitiva, decisiones políticas. Apoyándose en ellas se fija la orientación política. Por tanto, al anularlas, el Tribunal Constitucional incide en esa orientación. Pero, para resolver los conflictos sometidos a su jurisdicción, utiliza siempre métodos y criterios de fondo estrictamente jurídicos en caso de conflicto entre el Derecho y la política, el juez sólo está vinculado al Derecho <sup>(42)</sup>.

### **1.3.2- Legitimidad Democrática de los Tribunales Constitucionales.**

Dentro de este orden de ideas es que se debe analizar el papel que desempeñan los Tribunales Constitucionales dentro del proceso gubernamental y además de ello su legitimidad democrática. Como se dijo anteriormente, la democracia no podría sobrevivir, sin la existencia de un

---

<sup>41</sup> Cappelletti, Mauro. Ob. La Justicia..cit..pág 328. Sostiene Cappelletti que pueden aumentar la representatividad legal del sistema y, por tanto, su misma democraticidad protegiendo a los grupos que no tienen acceso a las ramas políticas.

<sup>42</sup> Lucas Verdú, Pablo. *Política y Justicia Constitucional.Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional*. AA.VV. Obra colectiva El Tribunal Constitucional. I.E.F. Madrid. 1981. Pág 1502.

sistema en que los derechos y libertades fundamentales carezcan de protección eficaz.

De ahí la necesidad de que existan mecanismos de tutela y órganos encargados de velar por que el principio de supremacía constitucional y el respeto de los derechos fundamentales sean una realidad. Tales mecanismos de control no deben ser necesariamente ejercitados por órganos representativos, más bien, como dice Kelsen, el principio de que nadie puede ser juez de su propia causa, es el principal argumento para sustraer la defensa de la Constitución de los órganos propiamente políticos. Según esto, los Tribunales Constitucionales tienen como misión principal el velar por que la formación de la voluntad popular se produzca y ejecute a lo largo del proceso político, dentro de las normas, principios y valores que sanciona el orden constitucional. En la medida que lo cumplan estarán dotados de una legitimidad democrática <sup>(43)</sup>.

Existen además otros argumentos en favor de la legitimidad democrática de los Tribunales Constitucionales. Uno de ellos es que, a diferencia de los órganos representativos donde los ciudadanos tiene una participación indirecta, ante los Tribunales Constitucionales. Los ciudadanos la tienen en forma directa al plantear ante este sus quejas, peticiones e inquietudes. De ésta forma tienen estos tribunales un contacto directo e inmediato con los ciudadanos. Otro argumento que se esgrime es que

---

<sup>43</sup> Lucas Verdú, Pablo.ob. Política .....cit..pág 1502.

aumentan la representatividad global del sistema político al proteger, mediante el reintegro de los derechos fundamentales cuando han sido violados, a los grupos que no tiene acceso a las otras ramas políticas del gobierno. Y en este sentido dice CAPPELLETTI “ los poderes del Tribunal son esencialmente políticos, por cuanto los grupos marginales pueden encontrar en el Tribunal un apoyo político que no hallarán en ninguna otra parte”<sup>(44)</sup>. Y el último argumento en favor de la legitimidad democrática de los Tribunales es que actúan como intermediarios entre las aspiraciones e intereses sociales, políticos y económicos de la sociedad civil y del Estado, en la medida que desarrollan los principios y valores materiales contenidos en la Constitución. Cada conflicto jurídico es siempre un conflicto de intereses, por lo que, en la base misma de cada decisión de los Tribunales Constitucionales existe siempre un móvil político.

En resumen, los Tribunales Constitucionales, en la medida en que contribuyen a una mayor participación social y económica de todos los ciudadanos en el Estado y, en palabras del profesor LUCAS VERDÚ, en la medida en que logren la integración de los ciudadanos y de sus grupos, y que éstos se sientan más identificados con los valores constitucionales porque les permita desarrollarse como hombres libres en la justicia y en la igualdad, encuentran una auténtica legitimación democrática <sup>(45)</sup>.

---

<sup>44</sup> Cappelletti, Mauro. Ob.. Los Tribunales cit...pág 610.

<sup>45</sup> Lucas Verdú, Pablo. Ob.. *Curso de Derecho Político Vol IV*. Cit..., Pág 828.

### 1.3.3- Crítica a la existencia de los Tribunales Constitucionales.

Desde los inicios de este siglo han existido fuertes críticas contra la existencia de la jurisdicción constitucional tanto en los Estados Unidos como en Europa <sup>(46)</sup>.

La más dura de las críticas parte diciendo que, dada la naturaleza política de los asuntos que se someten a los Tribunales Constitucionales, deben resolver con métodos y criterios propios de la actividad jurisdiccional. El principal exponente de esta crítica es CARL SCHMITT, quién en virtud de la polémica con KELSEN, elaboró la teoría del defensor político de la Constitución.

Para el citado autor, una expansión sin límites de la justicia, como la que produce el ejercicio de las competencias propias de la jurisdicción constitucional, no transforma al Estado en jurisdicción, sino más bien a los tribunales en verdaderas instancias políticas. Es decir, ese proceso no conduce a jurificar la política, sino a politizar la justicia. Por esto, según la teoría de SCHMITT, la jurisdicción Constitucional es una contradicción en sus propios términos <sup>(47)</sup>.

---

<sup>46</sup> Martínez Sospedra, Manuel. Ob... El Tribunal Constitucional....cit...., p 1794.

<sup>47</sup> Schmitt, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Prólogo de Pedro de Vega. Editorial Tecnos Madrid. 1988. Pág 57. Vid también Herrera, Carlos Miguel. *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*. R.E.P No 86, oct-dic 1994. Madrid. Pág 195

En virtud de lo anterior, SCHMITT concluye que la defensa de la Constitución debe encargarse a un órgano político y no jurisdiccional, dado que la determinación sobre el contenido de un precepto constitucional es materia de legislación constitucional y no de la justicia.

Dado que SCHMITT parte de la supuesta contradicción entre las funciones políticas y las judiciales, consecuentemente debe ser una instancia neutral la que debe encargarse de la defensa de la Constitución. En la Constitución de Weimar esa instancia neutral estaba representada, según su criterio, por el Presidente del Reich <sup>(48)</sup>.

La otra vertiente crítica de la jurisdicción constitucional sostiene la soberanía indisputable del Parlamento. Aquí, se plantea la objeción de si los Tribunales Constitucionales tienen poder de revisión de la Constitución y posibilidad de construir preceptos constitucionales, que no pasaron por la mente del constituyente, se cuestionan de dónde logran esa legitimidad democrática.

La primera de las tesis, la de supremacía del Parlamento, se basa en la soberanía parlamentaria. Según esta tesis la Jurisdicción Constitucional es un contrasentido jurídico, puesto que el derecho es un instrumento de conservación y no de transformación. Por tanto, cuando los Tribunales

---

<sup>48</sup> Schmitt, Carl. Ob..La defensa...cit...pág 250. Vid en la misma posición de Schmitt a Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel. Barcelona. 1982. Pág 321. Para ambos autores los Tribunales Constitucionales se ubican como árbitros supremos del proceso político.

Constitucionales se presentan como un muro contra un cambio profundo, usurpan la competencia de las Cámaras que son las únicas depositarias de la soberanía popular. Por lo tanto la defensa de la Constitución se debía otorgar a un órgano de corte político y no a los Tribunales de Justicia <sup>(49)</sup>.

#### **1.4-El valor normativo y la supremacía de la Constitución como presupuestos de la Jurisdicción Constitucional.**

Se habla de Jurisdicción Constitucional cuando hacemos referencia a un particular tipo de defensa de la Constitución, de carácter jurisdiccional, que resuelve los conflictos políticos y sociales del más alto nivel de acuerdo con el Derecho de la Constitución. Esta garantía jurisdiccional del Derecho Constitucional implica el reconocimiento de la supremacía constitucional, de la Constitución como un orden normativo y de la existencia de un pluralismo de las fuerzas constitucionales dentro del Estado moderno <sup>(50)</sup>.

La doctrina de la supremacía constitucional es una construcción elaborada en el plano de los principios, que formula un deber ser, y que se incorpora así a la normativa constitucional<sup>(51)</sup>. La supremacía de la Constitución es un principio rector del ordenamiento jurídico y se define

---

<sup>49</sup> Hernández Valle, Rubén. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Juricentro. San José. 1994. Pág 71

<sup>50</sup> Aragón Reyes, Manuel. *Voz Constitucionalismo*. En Diccionario del Sistema Político Español. Edición. Dirigida por J. González Encinar. Akal Editor. 1984. Pág 135-9

<sup>51</sup> Bidart Campos, Germán. *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional*. Ediar. Buenos Aires. 1987. Pág 31.



como la particular relación de supra y subordinación en que se hallan las normas dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que se logre asegurar la primacía de la ley fundamental del Estado. Es un concepto que se encuentra ligado al de rigidez constitucional<sup>(52)</sup>.

#### **1.4.1. La Constitución como norma suprema.**

De todas las connotaciones que se han dado sobre la Constitución en líneas anteriores, la más importante de ellas es la de su supremacía como organizador político y como norma jurídica, principalmente este último carácter es de relevancia para efectos de la justificación de la justicia constitucional<sup>(53)</sup>.

---

<sup>52</sup> Brewer-Carías, Allan Randolph. *Control de la Constitucionalidad. La Justicia Constitucional*. AA.VV. Obra colectiva El Derecho Público de finales del Siglo. Fundación BBV-Editorial Civitas, Madrid. 1997. Pág 533.

<sup>53</sup> Para Cappelletti, el origen de esta doctrina se encuentra en la jurisprudencia constitucional norteamericana, más concretamente en el fallo del caso Marbury vs. Madison: "...antes de la realización del sistema norteamericano del judicial review (of the constitutionality of legislation), en los otros Estados -y aludo, en particular, a los Estados de Europa- nada similar había sido creado. La razón de esto es, por lo demás fácilmente comprensible si se piensa que propiamente con la Constitución norteamericana ha tenido inicio verdaderamente la época del "constitucionalismo", con la concepción de la Supremacy of the Constitution respecto a las leyes ordinarias." Cappelletti, Mauro. Ob.. Justicia Constitucional....cit..., p.44.

"Es del todo evidente -se dice precisamente en aquella sentencia-, que o la Constitución prevalece sobre los actos legislativos que con ella contrastan, o bien el poder legislativo puede cambiar la Constitución con todo acto de ley ordinario. No hay camino medio entre estas dos alternativas. O la Constitución es una ley fundamental, superior y no mudable con los medios ordinarios; o bien está puesta al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y, al igual que estos, puede ser alterada a voluntad del poder legislativo. Si es correcta la primera alternativa, entonces quiere decir que las Constituciones escritas no son otra cosa que absurdas tentativas de limitar un poder que es, por su naturaleza, ilimitable." *Ibidem.*, pág 45.

El presupuesto de la superioridad de la Constitución es la distinción entre poder constituyente y poder constituido. La Constitución y sus reformas son fruto de la labor del Poder Constituyente y el ejercicio de las demás funciones -incluyendo la legislativa ordinaria- es poder constituido, por lo cual tiene primacía sobre ellos la Constitución <sup>(54)</sup>.

La supremacía constitucional es elaborada a nivel teórico por HANS KELSEN, quien en su obra *La Teoría Pura del Derecho*, explica que el ordenamiento jurídico se organiza normativamente en una jerarquía, por lo cual debe tener un punto de partida que lo fundamente, encontrando esta base en la Constitución <sup>(55)</sup>.

Con base en esto, podemos afirmar que la Constitución es ley fundamental en primer lugar porque define el sistema de fuentes formales del

---

<sup>54</sup> Linares Quintana, Segundo. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Teoría Empírica de las Instituciones Políticas*. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1981. Pág.487. "Esta concepción que ubica a la Constitución como una superley, superior a todas las demás normas jurídicas vigentes en el Estado, aparece históricamente como nota esencial del constitucionalismo, cuya institucionalización en un documento constitucional exige la clara diferenciación entre el poder constituyente y el poder constituido, que es el presupuesto necesario de la Constitución rígida, y que se traduce técnicamente en el principio de la supremacía de la Constitución."

<sup>55</sup> Kelsen Hans. *La Teoría Pura del Derecho*. Editora Nacional. México. Segunda reimpresión. 1974. P.99. "La Teoría pura del Derecho opera con esta norma fundamental considerándola como fundamento hipotético. Bajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que sobre ella descansa." Fix Zamudio. Ob.. La defensa cit., pág 34 dice que la supremacía constitucional debe considerarse el principio básico de todo el sistema jurídico.

derecho, y en segundo término por tener una pretensión de permanencia <sup>(56)</sup>, de base estable de la organización de un Estado <sup>(57)</sup>.

Así, la Constitución como norma suprema no es tan sólo un criterio que la hace superior a las demás normas, sino que también es punto de unidad del ordenamiento, implica la existencia de coherencia y sistemática entre las reglas de Derecho que rigen en un Estado determinado <sup>(58)</sup>.

KELSEN afirma que una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez. En cuanto fuente común, esta norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que

---

<sup>56</sup> García De Enterría, Eduardo. Ob...La Constitución como norma y el Tribunal cit., pág 50.

<sup>57</sup> Linares Quintana, Segundo. Ob.. Derecho Constitucional...cit..., p.359 "La idea de la estabilidad y permanencia está íntimamente unida con el concepto de la Constitución ley de leyes o ley suprema y fundamental. Si la Constitución es el fundamento de la organización del Estado y el instrumento que reconoce, declara y garantiza los derechos humanos, es evidente que ella debe tener estabilidad, firmeza y permanencia para cumplir su misión esencial."

<sup>58</sup> Este punto es importante para la interpretación jurídica, ya que la superioridad constitucional y su carácter sistematizador hacen de la Carta Política, una fuente obligada de criterios de interpretación del ordenamiento jurídico que "preside": "La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación (...) en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate." García De Enterría, Eduardo Ob. La Constitución...cit... p.95. "...el principio de unidad del ordenamiento, supuesta su estructura jerárquica, y la situación superior que en el seno de esa estructura corresponde a la Constitución, la que da primacía necesaria a ésta en la integración del ordenamiento entero, y por tanto, en su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo." *Ibíd*em...pág 97.

integran un orden. Y el que una norma pertenezca a un orden determinado deriva sólo del hecho de que su validez pueda ser referida a la norma fundamental que constituye ese orden <sup>(59)</sup>.

Desde otro punto de vista, la preeminencia de la Carta Política en un ordenamiento jurídico determinado, responde a la estructura liberal sirviendo como límite de los Poderes del Estado al señalar los medios por los cuales se aplica ese poder <sup>(60)</sup> y las garantías de sus ciudadanos conformando el punto de partida de los fines que se han reconocido durante la investigación a otros postulados, como el principio de separación de funciones <sup>(61)</sup>. Un sector de la

---

<sup>59</sup> Kelsen, Hans. Ob.. La Teoría...cit..., p.94.

<sup>60</sup> "El principio de la supremacía de la Constitución constituye el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para la garantía de la libertad, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental." Linares Quintana, Segundo. Ob.. Derecho Constitucional...cit...,p.485.

<sup>61</sup> "El desarrollo del derecho constitucional occidental está determinado ideológicamente por el liberalismo y se apoya en tres ideas: limitación del poder, garantía de derechos y libertades fundamentales, y supremacía y permanencia de la Constitución." Lucas Verdú, Ob. Curso T.IV, p.829. " Siendo coherentes con estas ideas, no es posible concebir la vigencia real de los derechos fundamentales en un sistema donde el poder estatal es absoluto. Por otra parte la permanencia del texto constitucional constituye una garantía efectiva para la vigencia de los derechos fundamentales, pues el Estado constitucional moderno se estructura en base al reconocimiento de determinados derechos fundamentales, los cuales deben ser garantizados frente a los propios órganos del Estado. Esto se logró en primer lugar dotando a las constituciones modernas de rigidez, de tal manera que solamente puedan ser reformadas mediante procedimientos especiales y agravados y, además, creando un conjunto de instrumentos procesales que garanticen el respeto de las normas constitucionales, es decir, que hagan efectiva la defensa jurídica de la Constitución. Como dijo Kelsen, " la función de la constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y, garantía de la constitución, en cambio, significa certeza de que esos límites no serán rebasados...." En concreto la necesidad de la aparición de la jurisdicción constitucional, es decidir de un modo imparcial, con

doctrina sostiene que, en virtud de que el constitucionalismo moderno descansa sobre el principio de la supremacía constitucional y como consecuencia de ello existe un derecho de los ciudadanos a esa supremacía, que se concreta, conforme al principio de división de poderes, en un derecho fundamental a la tutela judicial de la supremacía constitucional<sup>(62)</sup>.

#### **1.4.2- Consecuencias de la supremacía de la Constitución.**

La supremacía constitucional no es un mero enunciado teórico, sino que debe tener particulares consecuencias prácticas dentro del régimen constitucional de los Estados<sup>(63)</sup>. Linares nos indica cuáles son en su criterio, esas consecuencias:

"Las consecuencias esenciales de la supremacía material de la Constitución(contenido de la misma) son: a) el control de constitucionalidad:

---

apego al ordenamiento jurídico y mediante procedimientos y, en general, por órganos especializados, el cumplimiento, la tutela, y aplicación del Derecho de la Constitución ”.

<sup>62</sup> Brewer-Carías, A. Ob... Control de la Constitucionalidad...cit...pág 543.

<sup>63</sup> "...sólo hay Constitución como norma cuando el ordenamiento establece que el cumplimiento de esos preceptos es obligado y, en consecuencia, que su infracción es antijurídica. Sólo entonces cabe decir que hay Constitución y que la Constitución escrita es norma, la suprema norma." De Otto, Ignacio.Ob.. Sistema de fuentes..cit....,p.15. La consideración de la supremacía constitucional como un fenómeno jurídico verdadero, depende de las consecuencias prácticas que genere esa superioridad normativa de la Constitución : "O la Constitución es la super-ley, la super-norma, la ley Fundamental, o no lo es. Y, de serlo, no es posible su desamparo, su violación, sin que, frente a los fenómenos de desconocimiento de su hegemonía, no surja, como ineludible consecuencia jurídica, la impugnación procesal de la ley inconstitucional." González Deleito y Domingo, Tomás ***Tribunales Constitucionales: Organización y Funcionamiento***. Editorial Tecnos. Madrid. 1980, p.17.

Teniendo que todas las normas jurídicas deben estar de acuerdo con la Constitución, que es la ley suprema del Estado: b) imposibilidad jurídica de que los órganos deleguen el ejercicio de las competencias que les ha atribuido la Constitución ; ya que los poderes constituidos existen en virtud de la Constitución, en la medida y bajo las condiciones en que ella los ha fijado; o sea, que los titulares de los poderes solamente lo son de su ejercicio y no de su disposición" <sup>(64)</sup>.

Se deriva, de este modo, la necesidad de la existencia del control de constitucionalidad para la actuación de estas repercusiones: "La jerarquía de las normas supone, necesariamente, un problema. ¿Quién la controla? ¿Quién la hace efectiva?"

De esta manera, la supremacía de la Constitución se convierte en el presupuesto del ejercicio de la función del control de constitucionalidad. La consecuencia fundamental del postulado de la supremacía constitucional, que como principio básico de nuestro ordenamiento constitucional exige que todos los actos estatales estén sometidos a sus disposiciones, es la provisión de medios jurídicos destinados a garantizar su efectividad. El Estado de Derecho, en este sentido, no tendría plena vigencia si los particulares no pudieran promover algún control de constitucionalidad de aquellos actos <sup>(65)</sup>.

---

<sup>64</sup> Linares Quintana ,Segundo. Ob..Derecho Constitucional..cit....,pág 488.

<sup>65</sup> Brewer-Carias, Allan. *La Defensa de la Constitución*. Editorial Jurídica. Caracas. 1982. Pág 10. Este autor es de una opinión similar en cuanto al punto que nos concierne, que es la derivación de la legitimidad de un órgano para eliminar del

Partiendo de este supuesto, puede justificarse la creación de un órgano que se encargue de verificar que el resto del ordenamiento funcione de acuerdo con ella y que pueda ese órgano declarar "nula" la ley que se oponga a la Constitución.

Hasta cierto punto puede afirmarse con SCHMITT que, establecer la supremacía de la Constitución tiene la consecuencia de transformarla en un deber ser para el resto del ordenamiento; las demás normas pertenecen legítimamente a ese orden, en tanto sean conformes a los preceptos constitucionales<sup>(66)</sup>.

A juicio de SCHMITT, *Constitución en sentido absoluto* puede significar una regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas; de donde resulta que la Constitución es norma de normas. Aquí

---

ordenamiento los actos que se opongan a la Constitución: "...el carácter de norma suprema de la Constitución produce tres consecuencias fundamentales: en primer lugar, el hecho de que la legitimidad de la Constitución es incontrolable; en segundo lugar, el hecho de que los dispositivos constitucionales implican la derogación del ordenamiento jurídico existente previamente a su promulgación que lo contradiga; y en tercer lugar, la nulidad de todo acto que se dicte contraviniendo sus disposiciones."

<sup>66</sup> Éstos son evidente, sobre todo en las regulaciones constitucionales sobre el procedimiento de elaboración de las leyes: "Cuando una norma constitucional exige unos trámites formales para que adquiera fuerza obligatoria una ley, disposición o acto con fuerza de ley está estableciendo, nada menos que el cauce de una fuente del derecho, la vía para que pueda nacer una norma jurídica. De aquí que la infracción a estos trámites pueda hacerse valer en cualquiera de los procesos, procedimientos o controles que se prevén, precisamente, para verificar la inconstitucionalidad." González Pérez Jesús. Ob.. Derecho Procesal cit...,pág 243.

Constitución no es una actuación del ser, ni tampoco un devenir dinámico, sino algo normativo, un simple deber ser<sup>(67)</sup>.

De la superioridad constitucional podemos deducir finalmente, la razón por la cual las resoluciones de un Tribunal Constitucional carecen de revisión en otra instancia, sea la supremacía del órgano encargado de aplicar las normas constitucionales o de velar por su prevalencia en el ordenamiento jurídico que es la misma supremacía de la Constitución.

En cuanto al carácter normativo de la Constitución existen, digámoslo así, tres razones para calificar a la Constitución de orden normativo. En primer lugar, es la Constitución la que define el sistema de fuentes formales del Derecho dentro del ordenamiento, estableciendo cuales son los órganos y los procedimientos idóneos para crear normas con fuerza vinculante. En segundo término, la Constitución, en cuanto dotada de valor normativo, se impone tanto a los poderes públicos como a los particulares. Y por último, su jerarquía normativa está garantizada por los mecanismos de control de constitucionalidad existentes. En todos esos contenidos se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente los preceptos van dirigidos tanto a los diversos órganos del poder como a los ciudadanos<sup>(68)</sup>.

---

<sup>67</sup> Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Universidad Textos. Madrid. Segunda Reimpresión 1996. Pág 29.

<sup>68</sup> García de Enterría, Eduardo. Ob. La Constitución ...,cit...pág 49. Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Madrid. 1994 Pág 79. Opina



Por último se debe mencionar, que hoy en día la Constitución ha asumido un significado particular, dado que vale como ordenamiento jurídico de las funciones del Estado y como determinación fundamental de los valores de la vida social. Dentro del Estado moderno coexiste una pluralidad de fuerzas sociales, económicas y políticas, cada una de ellas tratando de influenciar o imponer sus particulares intereses. Por ello, las decisiones de los órganos estatales son, en la mayoría de los casos, el resultado de los consensos entre fuerzas y de compromisos, que pretenden conciliar la pluralidad de intereses en juego.

Bajo este mismo orden de ideas, la jurisdicción constitucional tiene como finalidad garantizar el equilibrio político de las diversas fuerzas que luchan en el interior del Estado por imponer sus ideas e intereses lo que

---

el autor que en el constitucionalismo democrático de nuestros días no se discute ya que la constitución es una norma aplicable, pero que el problema de su fuerza normativa descansa en el consentimiento de la sociedad, en la aceptación por parte de esta de la constitución como un buen instrumento para ordenar jurídicamente la resolución de los conflictos políticos que en ella se producen. En igual sentido Bidart Campos dice que no hay duda que la constitución de un estado democrático inviste *fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos e incluso en los implícitos. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa.* Editorial Ediar. Buenos Aires. 1995. Pág 20. Vid en el mismo sentido la doctrina del T.C. Español. STC 16/82 del 28 de abril. En dicha sentencia reconoció el carácter de norma a la Constitución diciendo el Tribunal ...“ Lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como los poderes públicos, y por consiguiente, también los jueces y los magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella....”

mismo que tutelar las situaciones subjetivas de los ciudadanos frente al abuso del Estado y de los demás particulares.

### **1.5- Los límites de la Jurisdicción Constitucional.**

Como se ha dicho en un inicio, la jurisdicción constitucional tiene un fundamento jurídico y otro político, sin embargo estos mismos son los que determinan su límites <sup>(69)</sup>. El problema jurídico consiste en delimitar entonces, de una manera clara, cuándo un asunto debe considerarse político y, por lo tanto, queda fuera de la competencia de la jurisdicción constitucional.

El saber cuando se debe considerar un asunto político, es una de las cuestiones más complicadas. En principio un asunto debe considerarse político cuando no existe una disposición o principio constitucional que sirva de parámetro de validez a la norma o al acto acusados de ilegítimos <sup>(70)</sup>.

---

<sup>69</sup> Alonso García, Enrique. *Los límites de la Justicia Constitucional. La Constitucionalización de los derechos prestacionales del Welfare State en Norteamérica*. R.E.D.C N.11. 1984, pág 139. Vid también Aguiar de Luque, Luis. *Alcances y Límites de la Justicia Constitucional*. Editorial Juricentro. San José. 1993. Pág 70.

<sup>70</sup> De Juan Martín, Ángel. *Comentarios en torno a la Jurisdicción Constitucional*. AA.VV. El Tribunal Constitucional . I.E.F. Madrid. 1981. pág 1338.

KELSEN, calificó a la Jurisdicción Constitucional como legislador negativo,<sup>(71)</sup> por ello no puede un Tribunal Constitucional sustituir la voluntad de legislador. Sin embargo, también fue KELSEN quién construyó la teoría de la regularidad jurídica, según él debe existir una correspondencia y conformidad entre el grado inferior y el superior del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, este principio quiere decir que no pueden existir dentro del ordenamiento zonas vacías, porque las normas infraconstitucionales necesitarán siempre un fundamento normativo que les de validez. Y aquí viene entonces, otro problema: Los Tribunales Constitucionales pueden en una sentencia, llenar el vacío que deja una norma que ha sido declarada inconstitucional. Ésta es una de las grandes controversias que giran sobre ellos, sin embargo la práctica ha dicho que sí puede llenar este vacío recurriendo a lo que la doctrina llama las sentencias interpretativas y aditivas  
(72)

---

<sup>71</sup> Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. (La Justicia Constitucional). En Escritos sobre la democracia y el socialismo. Selección y presentación Juan Ruiz Manero. Editorial Debate Madrid. 1995. pág 131. Además dice, “ que mientras el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional sobre el contenido de las leyes que debe citar, la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está por el contrario absolutamente determinada por la constitución. Y precisamente por ello que su situación se asemeja a la de cualquier otro tribunal pues se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del derecho y por tanto, de algo propiamente jurisdiccional.” Vid también sobre el mismo punto Sánchez Agesta, Luis. *La Justicia Constitucional*. R.D.P. No 16. 1982-1983. Pág 22. Vid también Kelsen, Hans. *¿ Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción Roberto J. Brie. Editorial Tecnos. Madrid. 1995. Pág 5.

<sup>72</sup> Vid. Gutiérrez Zarza, María de los Ángeles. *Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional Español*. R.D.Pr. Año 1. 1995. Pág 1003. Vid

Entonces, se puede decir que las potestades de los Tribunales Constitucionales para precisar los alcances de las normas, principios y valores constitucionales encuentran su límite en el principio del pluralismo político. El legislador en aplicación de este principio, puede desarrollar la Constitución en diversas formas, siempre que todas ellas sean compatibles con la razón de la misma. El juez constitucional, por lo tanto, no puede valorar la discrecionalidad política del legislador para escoger una u otra opción; lo que sí puede y debe hacer, es controlar que tal selección no viole los límites de la discrecionalidad jurídica. En consecuencia la actividad de los Tribunales Constitucionales no es creación,<sup>(73)</sup> sino más bien de interpretación del derecho, por tanto, el juez constitucional no puede sustituir la voluntad del legislador, pues la interpretación constitucional, a pesar de estar condicionada por evidentes componentes políticos, es siempre

---

también Vecina Cifuentes, Javier. *Las Sentencias aditivas del Tribunal Constitucional y respeto al legislador*. Justicia93. 1993, pág 477.

<sup>73</sup> Rubio Llorente, F. *La Jurisdicción Constitucional como forma de creación de Derecho*. La Forma del Poder. C.E.C. Madrid. 1993. Pág 523. Dice el autor que a través de las sentencias interpretativas, de mera inconstitucionalidad y las sentencias manipulativas, la jurisdicción constitucional crea derecho. Esta creación, a diferencia de la que lleva a cabo el legislador, no procede de simples consideraciones de oportunidad. Y se caracteriza por no ser libre sino vinculada, pura declaración de un derecho preexistente, cuyo contenido concreto como regla de solución necesita el Tribunal Constitucional. Vid también Cappelletti, Mauro. *El Tribunal Constitucional en el Sistema Político Italiano: Sus relaciones con ordenamiento comunitario europeo*. R.E.D.C. No 4. Enero-abril 1982. Pág 15. Dice el autor “que los jueces y en especial los jueces constitucionales no pueden prescindir de una actividad creativa si quieren desempeñar eficazmente la función que les corresponde naturalmente. La interpretación pura no existe; toda interpretación comporta un elemento de creatividad”.

interpretación jurídica. La teoría general de la interpretación legal cubre también la interpretación constitucional <sup>(74)</sup>.

Dentro del mismo orden de ideas, los límites de la jurisdicción constitucional están íntimamente ligados con los límites de la interpretación constitucional, queriendo con ello decir que la actividad de los Tribunales Constitucionales se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional respectivo, lo que implica que no puede cambiarlo pero tampoco puede impedir su reforma. La función de estos Tribunales dice el profesor LUCAS VERDÚ, será acomodar el derecho Constitucional a la realidad, lo cual logrará en la medida que promueva y extienda entre los ciudadanos la impresión de que su tarea asegura la regularidad jurídica, el imperio de la ley, la realización de los valores, libertad, justicia, igualdad, y pluralismo, sancionados por la Constitución <sup>(75)</sup>.

---

<sup>74</sup> Wroblewski, Jerzy. Ob... Constitución y teoría general...cit..., pág 18. Dice el autor que aunque hay rasgos especiales de la interpretación constitucional conectados con las particularidades del papel de la constitución en el sistema jurídico, con el de su aplicación y con el de su organización institucional, la interpretación constitucional está comprendida en la teoría general de la interpretación..Vid. también Hesse, Konrad. *La Interpretación Constitucional*. En Escritos de Derecho Constitucional. C.E.C. Madrid. 1992. pág 32. Vid también Sagüez, Nestor Pedro. *La interpretación constitucional, instrumento y límite del Juez Constitucional*. AA.VV. Obra Colectiva La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. Editorial UNED. San José. 1996. Pág 4.

<sup>75</sup> Lucas Verdú.. Ob Política y Justicia constitucional.cit...,pág 1505. Vid también sobre el tema de los límites de la Justicia Constitucional a Nino, Carlos. *La filosofía del Control de la Constitucionalidad de las leyes*. R.C.E.C. No 4. 1989. Pág 88. Comenta que no existe un límite fijo y que los límites serán una cuestión de razonabilidad, una cuestión de sentido común.

## **1.6.- La interpretación constitucional como legitimante de la actividad del órgano de Justicia Constitucional.**

### **1.6.1 Generalidades de la interpretación constitucional.**

La interpretación constitucional<sup>(76)</sup> puede entenderse como una derivación del género interpretación jurídica, o como un tipo de interpretación independiente. Este último criterio se basa en el objeto específico de su análisis: la Constitución, considerando que los métodos de interpretación jurídica no abarcan el campo que cubre la Carta Política. QUADRA-SALCEDO sostiene que los preceptos constitucionales no explican ni su origen, ni su evolución, ni su razón de ser, aparecen como afirmaciones breves y comprensibles; pero la comprensión de tales afirmaciones y de las categorías que en las mismas se contienen no es asequible sólo desde una perspectiva estrictamente jurídica. Gran parte de las afirmaciones tienen una comprensión histórica e ideológica; por consiguiente la perspectiva estrictamente jurídica es excesivamente unidireccional para dar cuenta de la riqueza del contenido constitucional<sup>(77)</sup>.

---

<sup>76</sup> Lucas Verdú/Canosa Usera/ Méndez -Rocasolano. *Voz Interpretación Constitucional*. En *Prontuario de Derecho Constitucional*. Editorial Comares. Granada 1996. Pág 207.

<sup>77</sup> Quadra-Salcedo, Tomás. Ob.. *Interpretación de la Constitución*.cit.....pág 32. Opina este autor que el problema radica en que los métodos de interpretación del Derecho tienen origen y características iusprivatistas, lo que los hace insuficientes para la interpretación del Derecho Constitucional.

Asimismo, la relevancia de la interpretación constitucional jurisdiccional reside en los efectos y poderes<sup>(78)</sup> que confieren sus resoluciones. La dirección que tomen esos fallos dependerá del método de interpretación utilizado. Todos los caminos conducen a la interpretación, y la enorme importancia de ésta queda en evidencia cuando percibimos que toda la función de control está finalmente subsumida en la tarea de interpretación que cumple el órgano especializado<sup>(79)</sup>.

Vemos entonces, que la interpretación que haga un tribunal constitucional de, por ejemplo, los límites de las competencias de otros Poderes en la Constitución Política, repercute directamente sobre esos Poderes en forma de control de constitucionalidad<sup>(80)</sup>.

---

<sup>78</sup> Sachica, Luis Carlos. *El control de la Constitucionalidad y sus mecanismos*. Editorial Temis. Bogotá. 1988. Pág 34 Llega a considerar la función de interpretar la Constitución como un poder político, conferido por la potestad de ser el supremo intérprete de la Constitución: "...es preciso admitir también que la labor interpretativa tiene carácter decisorio, es ejercicio de poder político." Por su parte Wroblewski Ob..Constitución cit..pág 79 dice "...el TC se presenta como " Vertrauensstelle der Regierung " porque define el lugar del gobierno *inter alia* a través de la interpretación de reglas constitucionales. La interpretación constitucional cumple funciones políticas, se basa en valoraciones políticas. La interpretación constitucional institucionalizada otorga enormes poderes políticos a los intérpretes oficiales."

<sup>79</sup> Vanossi, Jorge R. *Teoría Constitucional, Supremacía Constitucional y Control de Constitucionalidad*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1976. Vol II. Pág 127. Vanossi centra la cuestión del control de constitucionalidad en la interpretación que hace el órgano que ejerce esa función: "El derecho constitucional todo y la faz que en este momento estamos abarcando, del control jurisdiccional, se reducen nada más que a un problema de interpretación, dentro del cual juegan todos los aspectos de la teoría de la interpretación o de la hermenéutica, que desde luego están presentes en el acto del juez en esas circunstancias."

<sup>80</sup> Canosa Usera, R. Ob. *Interpretación...cit...*, pág 303. Dice el autor que el "...Tribunal Constitucional, cuya misión esencial consiste, como fin último en controlar

De este modo, la interpretación constitucional ejercida por el contralador de constitucionalidad es para TRIBE, el único poder político de la función jurisdiccional, que permite equilibrarla en relación con los otros Poderes del Estado, reforzando el régimen democrático <sup>(81)</sup>.

El intérprete, además, puede y debe corresponder a su momento particular, a través de la interpretación del texto constitucional, no sólo en materia de derechos fundamentales, sino también respecto a la configuración misma del poder. Para el profesor CANOSA "...la interpretación constitucional debe evolucionar hacia un concepto diferente de la función política y social de la Corte. Mediante la actividad de ésta, se podría guiar y orientar las actividades de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, sobre todo adaptando los criterios a los cambios sociales, en la medida de lo posible" <sup>(82)</sup>.

Tener la facultad de interpretar la Constitución, implica cumplir una función de adaptación de esa norma a momentos muy diferentes <sup>(83)</sup>. Piénsese

---

y en su caso castigar, las eventuales extralimitaciones del Estado en aras de la salvaguardia de los derechos y libertades de la persona. Tan importantísima función se desempeña por medio de la interpretación..."

<sup>81</sup> "...constitutional interpretation is the unique prerogative of the judiciary; if instead the political branches may participate in the process of constitutional interpretation, then such interpretation must be allowed to share in whatever legitimacy the democratic character of political processes creates." Tribe, Laurence. *American Constitutional Law*. The Foundation Press. New York. II Edición. 1978, pág 66.

<sup>82</sup> En el mismo sentido, indica Canosa: "Los órganos de Justicia Constitucional desempeñan, a través de la interpretación, la misión de asentar los límites de constitucionalidad, más allá de los cuales la actividad de los órganos estatales no puede desenvolverse; establecen, pues, las fronteras del ámbito dentro del cual se despliega el método democrático..." Canosa Usera. .Ob. Interpretación cit..., Pág 302.



en el caso de la Constitución Norteamericana, que tiene más de doscientos años de antigüedad. Para tener tal adaptabilidad los márgenes de la Constitución, como norma a interpretar, deben ser amplísimos, para así conferirle carácter dinámico. Se pregunta el profesor LUCAS VERDÚ:

"¿Cuál de ambos términos posee mayor grado de dinamicidad: la Constitución o la interpretación constitucional? Evidentemente, desde el punto de vista de la actividad, la interpretación constitucional, pero en términos estrictamente jurídicos este interrogante no debe plantearse, ya que toda interpretación constitucional correcta viene exigida por el dinamismo de la Constitución" <sup>(84)</sup>.

La interpretación constitucional, en suma, es tarea de adecuación en tanto así lo exige el conjunto normativo que se interpreta. Expone CANOSA, que "Adjetivar la tarea hermenéutica como operativa significa ni más ni menos

---

<sup>83</sup> "...su interpretación y su aplicación deben abarcar un tiempo y una futuridad donde las circunstancias cambian y se suceden. Y entonces, es legítimo asignar *fines distintos y nuevos* que no fueron previstos por la voluntad histórica del constituyente, siempre que *no contraríen* los que esa voluntad tuvo en miras." Bidart, Campos. Germán *Filosofía del Derecho Constitucional*. Ediar. Buenos Aires. 1969. Pág 210. "La conocida frase de MONTESQUIEU *le juge est la bouche que prononce les paroles de la loi*, es inaceptable para la interpretación constitucional, cuya tarea no es la aplicación mecánica de las normas constitucionales, sino buscar su acomodación a la realidad social." Lucas Verdú. Ob.. Curso cit...,T II Pág 542.

<sup>84</sup> Lucas Verdú. Ob Curso...cit.,, TII. Pág 541. Así, señala Lucas Verdú que la interpretación constitucional se conforma de un aspecto estático y uno dinámico: "La interpretación constitucional se enmarca en la dogmática jurídica. Esta viene a ser un conjunto de postulados, conceptos, categorías, imprescindibles para conocer y dominar la realidad jurídica (aspecto estático) pero, además, examina las normas positivas, metódica y sistemáticamente e incluso críticamente, respecto a su aplicación (aspecto dinámico)." Lucas Verdú ..Ob. Curso ...cit.. T IV. Pág 582.

que declararla vinculada a unos fines, esos fines que se materializarán en cada caso concreto y que, a la postre, adjudican a la Justicia Constitucional la calidad de válvula de adaptación del derecho a su tiempo"<sup>(85)</sup>.

Debe recordarse que a pesar de adaptar la Constitución, la tarea de la justicia constitucional se mantiene siempre como función jurisdiccional, que sin embargo, atenúa la necesidad de recurrir al procedimiento de la reforma constitucional, sin sustituirlo en ningún momento<sup>(86)</sup>.

Sin embargo, la Constitución en este sentido, legitima la labor del juez constitucional como intérprete de sus disposiciones, en el tanto éste se mantenga en los límites que la misma Carta fija<sup>(87)</sup>.

---

<sup>85</sup> Canosa Usera. Ob.. Interpretación....cit..., pag 77. La interpretación de la Constitución como concretización o unión de la norma unívoca con la realidad a ordenar, la expone HESSE, K. ob...Escritos...cit...pág 42. Sin embargo es criticada al considerar que no es criterio suficiente para sostener la especialidad de la interpretación constitucional en relación con la interpretación jurídica: "Esta concepción de la interpretación constitucional es una concepción global. No define un método concreto, sino que constituye un efecto global racionalizador de la tarea del intérprete muy similar al acometido de una forma quizá más burda por WECHSLER." Vid al respecto Alonso García. Ob....Interpretación...cit.. p.448.

<sup>86</sup> Lucas Verdú. Ob.. Curso.cit..., T IV.....pág 281. "...por el camino de la interpretación y aplicación constitucionales se soslayan dos riesgos graves: uno, ahorrarse la reforma de la Constitución (...) dos, conjurar el recurso a las vías de hecho (golpe de Estado, revolución). Se trata, por consiguiente, de un procedimiento exquisito y reglamento jurídico (rechtsstaatliche). Cuadra con las exigencias del Estado de Derecho."

<sup>87</sup> García De Enterría. Ob..La Constitución como Norma..cit.,pág 184. "...sólo en cuanto acierten a aparecer como intérpretes de la Constitución , en cuanto puedan imputar razonablemente a la norma suprema sus decisiones singulares, tendrán autoridad para seguir siendo aceptados por la comunidad en el ejercicio de su formidable poder."

El modo de derivar los límites de la interpretación constitucional y de guiarse por esa exigencia es conociendo sus fines, que según Canosa son:

- a. Actuar la Constitución <sup>(88)</sup>.
- b. Integrar, dar sistematicidad al ordenamiento constitucional <sup>(89)</sup>.
- c. Controlar la observancia de la Constitución Política.
- d. Elegir la solución correcta <sup>(90)</sup> según la Constitución.
- e. Defensa de la fórmula política, del contenido constitucional <sup>(91)</sup>.

---

<sup>88</sup> Las normas constitucionales tienen cierto grado de dificultad para ser operativas por sí mismas, principalmente las programáticas: "Actuar la Constitución significa favorecer la tendencia expansiva de la misma y reclama una especial atención para aplicar aquellas partes de la misma que más relevancia revistan, de tal manera que la actuación comentada sea cualitativamente superior." Canosa Usera. Ob. Interpretación cit., pág 268.

<sup>89</sup> Es absolutamente necesario que la interpretación constitucional resguarde la sistematicidad de los principios que conforman el orden constitucional y presuponga la armonía entre las normas constitucionales. "La dogmática constituye el vehículo ideal de contraste al facilitar la absolutamente necesaria interrelación ordenamiento jurídico infraconstitucional -ordenamiento constitucional. Al proporcionar la dogmática el consenso mínimo acerca de la naturaleza y contenido de las instituciones jurídicas, la decisión constitucional que rompa con ese consenso distorsiona la totalidad del ordenamiento, constituyendo el primer índice de la falta de corrección de la sentencia. Pero, es que, además este mismo esquema es aplicable a la jurisprudencia constitucional en sí misma: la interpretación de un determinado precepto constitucional no puede suponer contradicción con otros preceptos constitucionales y su correspondiente interpretación." Alonso García. Ob... Interpretación... cit.... p. 192.

<sup>90</sup> Canosa.. Ob.. Interpretación... cit.. pág 80. Sostiene que si una norma permite una multiplicidad de soluciones al ser interpretada, significa que su sentido es oscuro. Por lo que, aunque admite la existencia de varios posibles resultados en el proceso de búsqueda del sentido de la norma, cree en la existencia de un sentido correcto.

### **1.6.2- Objeto de la Interpretación Constitucional.**

El objeto sobre el cual recae la interpretación constitucional es la Constitución<sup>(92)</sup>. El punto debe considerarse, pues, en relación con las características de las normas constitucionales, principalmente, su supremacía en el ordenamiento jurídico<sup>(93)</sup>.

Con base en el objeto, se fundamenta la posición mencionada anteriormente, que considera la interpretación constitucional como una materia distinta de la interpretación jurídica en general. Para DE BELTRÁN, la Constitución no es una norma más que permite una aproximación a la misma con el bagaje y la metodología próximas de las demás normas. No es sólo un texto jurídico, es algo más: de ahí la dificultad que ofrece su interpretación que

---

<sup>91</sup> Sobre el desarrollo de estos fines ver Canosa Usera. Ob..Interpretación...cit....., punto II sobre Finalidad y Método de la interpretación Constitucional.

<sup>92</sup> González Pérez. Ob... Derecho Procesal...cit..pág 242, es de un criterio distinto: "Cualquiera que sea el tipo de procedimiento a través del cual el Tribunal Constitucional realiza sus funciones, el objeto es siempre verificar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley, una disposición o un acto con fuerza de ley."

<sup>93</sup> Lucas Verdú..Ob..Curso... T II..cit.....,pág 531. "...es menester conocer la naturaleza especial del texto que se interpreta, pues a diferencia de las leyes ordinarias la Constitución es una super-ley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de esclarecer, con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídica son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quienes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado."

no sólo puede hacerse desde su texto, sino que exige elevarse al sistema y a los principios; y éstos no pertenecen sólo al mundo de lo jurídico<sup>(94)</sup>.

Ahora bien, para abarcar la totalidad de la Constitución como objeto de la interpretación constitucional, debe analizarse tanto desde el punto de vista formal, como el material, que comprende la realidad constitucional<sup>(95)</sup> y los valores y principios<sup>(96)</sup> que conforman la Carta Política. Para el profesor LINARES QUINTANA, la Constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, cuya flexibilidad y generalidad le permite adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, ha de ser interpretada teniendo en cuenta, no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino

---

<sup>94</sup> Beltrán De Felipe, Miguel *Originalismo e interpretación*. Dworkin vs Bork: Una polémica Constitucional. Civitas. Madrid. 1989. Pág 90. Señala De Beltrán: "Y es que la tarea del intérprete de la Constitución versa sobre normas, sí, y utilizando un método estrictamente jurídico, cierto, pero sobre todo normas que vertebran la sociedad, que regulan derechos fundamentales y reflejan valores y creencias, convirtiéndose la jurisdicción constitucional, como quería SMEND, en 'un factor capital de integración de la vida política y social'."

<sup>95</sup> "...la realidad constitucional delimita, más o menos flexiblemente, los factores que influyen y operan sobre la Constitución escrita; tales factores rebasan con creces el contenido de la Constitución material y representan aquella parte de la realidad política que de un modo u otro determina la actuación de la Norma básica." Canosa Usera. Ob. Interpretación..cit..pág 272.

<sup>96</sup> "...subrayar el carácter preponderantemente axiológico que persiguen los instrumentos que se han establecido, para lograr la efectividad de las normas fundamentales, y que dichas normas contienen no sólo las bases de organización y funcionamiento de los organismos del poder, sino también y de manera esencial, los principios valorativos supremos, conforme a los cuales debe conformarse todo el ordenamiento jurídico." Fix, Zamudio. H. *La Justicia Constitucional*. Revista de Derecho Constitucional San José. 1989. Enero- Abril. Pág 18. Vid del mismo autor *La Problemática contemporánea de la impartición de justicia y el Derecho Constitucional*. Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela. Vol 5 No 1. 1996. Pág 141.

también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de ser interpretada, de manera que siempre sea posible el cabal cumplimiento de los grandes fines que inspiran y orientan a la ley suprema del país <sup>(97)</sup>.

Es indudable la inseguridad que puede generarse a partir de criterios tan extensos e indeterminados, como los que constituyen la Constitución material<sup>(98)</sup>. De ahí deriva la necesidad de la utilización por parte del intérprete constitucional, de métodos de interpretación que garanticen la técnica y consiguiente objetividad de su labor.

### **1.6.3- Métodos jurisdiccionales de interpretación constitucional.**

Debido a la trascendencia de los efectos que generan las resoluciones que contienen la interpretación del órgano contralador, es fundamental tratar de objetivizar esa interpretación, representando así, créditos para la institución. Es por esa razón, que la utilización de métodos de

---

<sup>97</sup> Linares Quintana. Ob. Derecho Constitucional .cit..pág 368. De este modo, el juez constitucional debe moverse en ese contexto para realizar la interpretación de la Carta Fundamental: "A pesar de que es un hombre completamente apolítico, sí tendrá que tener una visión del fenómeno sociopolítico en que se desenvuelve, porque si tiene que interpretar lo que la Constitución Política dispone, eso sólo podrá ser dentro de ese contexto.

<sup>98</sup> Wroblewski. Ob...Constitución..., cit..pág 56. Dice el autor que aun las mismas normas positivas constitucionales tienen la particularidad de ser amplias y ambiguas, producto, lo hemos dicho ya varias veces, de las características de toda Constitución: "Por lo general, la terminología de la Constitución contiene muchos términos básicos (key-terms) que requieren interpretación, e incluso términos constitucionales puramente descriptivos que suscitan la interpretación en algunas ocasiones, demostrando la influencia del contexto funcional como una de las fuentes de la vaguedad del lenguaje legal y del carácter pragmático de las dudas interpretativas."

interpretación por parte del Tribunal Constitucional debe analizarse, a fin de reconocer la existencia de un razonamiento jurídico objetivo, que legitime la actividad del Tribunal.

FORMULA POLÍTICA: Límite inviolable de la Constitución. (siempre)

Es la expresión ideológica de una estructura social, toda Constitución se inspira en una ideología que recoge y defiende<sup>(99)</sup>.

-techo ideológico vg. comunista.

-organización jurídico política vg. presidencialista.

-estructura social vg. capitalista, subdesarrollo. Dice el profesor Canosa que .."La trascendental misión del intérprete consiste en ordenar la pluralidad de elementos interpretativos que halla a su disposición. Precisamente aquí radica su inmensa libertad, puesto que, según elija uno u otro método interpretativo, el resultado de su operación variará sustancialmente" <sup>(100)</sup>.

Por su parte ALONSO GARCÍA dice que " los métodos interpretativos los proporciona la cultura jurídica de la sociedad donde se aplica el ordenamiento,

---

<sup>99</sup> Lucas Verdú. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Dyckinson. Madrid. 1997. Pág 50.

<sup>100</sup> Canosa Usera. Ob... Interpretación cit...,pág 135. También sostiene el profesor que "...las decisiones derivadas de una interpretación constitucional tienen un evidente influjo político y que este influjo variará según el son que marquen los cambios en los métodos interpretativos." Lo importante, al final, no es la metodología sino la adecuación de la labor hermenéutica a los postulados ideológicos que la guían. Pág 308.

no la ley. Son formas de entender y vivir el derecho, y todo intento de petrificarlas o agotarlas está llamado al fracaso. En último término, no deben olvidarse las llamadas paradojas de los métodos de interpretación jurídica: 1º) la interpretación se concibe como un conjunto abierto que contiene un número *indefinido* de instrumentos y subinstrumentos interpretativos; 2º) *todas las pretensiones de jerarquizar los instrumentos y subinstrumentos interpretativos han resultado a lo largo de dos mil años fallidas*, con lo que parece existir una aporía en tal jerarquización, y *no puede estimarse como tal la nueva redacción del título preliminar del Código Civil* 3º) *todo instrumento interpretativo es reversible en su contrario* 4º) *la interpretación tiene carácter argumentativo y dialéctico*; 5º) *la interpretación depende de la ideología cultural de la que es hijo el intérprete*"<sup>(101)</sup>.

Por qué elige tal o cual manera (método) para hacerlo y sobre cuál es el tipo de consecuencias (soluciones) jurídicas que de ello se siguen. Tal "por qué" es el fundamento (autoridad) que se presupone para la norma contenida en el texto. Y las "consecuencias" son los resultados de la aplicación del método a la intelección de dicho texto <sup>(102)</sup>.

Dentro la interpretación podemos ver que existen categorías de métodos. Algunos de ellos son

---

<sup>101</sup> Alonso García..ob...La interpretación...cit...pág 82.

<sup>102</sup> Haba, Enrique. *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho escrito*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1990. Pág 4. Dice este autor que la elección del método depende de la autoridad que se elija. Problema de axiología jurídica.



1. Literal gramatical: reglas lingüísticas generales para el entendimiento común del lenguaje escrito.

2. Sociológico-voluntarista: voluntad empíricamente manifestada por una persona.

3. Lógico-dogmáticos: coordinar, armonizar y jerarquizar conceptos jurídicos.

4. Axiológico-teleológicos: a partir de valores básicos que la norma trata de alcanzar.

5. Realistas-sociológicos. Auténtico significado de *balancing* como método de interpretación constitucional consiste en implantar en el ámbito constitucional la técnica de la jurisprudencia de intereses:

1º contrapeso de valores constitucionales.

2º deferir la decisión de constitucionalidad o no al supuesto de hecho, la situación concreta <sup>(103)</sup>.

---

<sup>103</sup> Alonso García. Ob. La interpretación..cit..pág 414. Además agrega el autor "...mientras el *balancing* amplio opera con valores (abstracciones), el estricto refiere a cada caso concreto el contenido del interés en juego." "El literalismo es una corriente de interpretación que estima que el lenguaje de la Constitución, en sí mismo es lo único a lo que hay que atender." El literalismo es aplicable para la creación de normas subconstitucionales entre modos: 1.El texto como fuente esencial al aplicar el apotegma *in claris non fit interpretatio*.2. Fuente en la interpretación sintáctica y semántica contextual. 3. Uso ordinario de los conceptos.El TC español ha sido tajante: "...el absolutismo del texto no es una corriente de interpretación válida." Originalismo es la corriente que presta especial importancia al momento constituyente. Apelaciones a la razón y la lógica como fundamento de la sentencia de

Dice ZAGRABELSKY que los métodos no son, pues, la interpretación: ésta no consiste en ellos sino que se sirve de ellos o se manifiesta en ellos. La existencia de un método cuyo resultado sea conforme a la expectativa de solución es condición para que la expectativa sea realizable. La pluralidad de los métodos es la condición de una búsqueda abierta, adecuada a cada caso<sup>(104)</sup>.

Dice el profesor CANOSA "...nos hallamos ante la más pura muestra de discrecionalidad del intérprete; éste se autovincula al elegir el método que, para ser riguroso, debe observar, pero emplear ese y no otro entra dentro de su ámbito de libertad" <sup>(105)</sup>.

Entre los métodos más importantes están :

Ponderación de los valores. Su concepción estructural: "El grave problema de la interpretación constitucional en este punto radica en que no hay bienes, derechos o valores absolutos, todos están unos en relación con otros, y unos y otros se limitan mutuamente. Pero la forma en que se limitan, la importancia que en esa limitación corresponde a unos o a otros y la

---

cinco formas: a) silogismo. b) rational scrutiny c) restantes apelaciones, lo razonable d) lógica jurídica como dogmática e) apelaciones a la naturaleza de las cosas.

<sup>104</sup> Zagrevelsky, Gustavo. *La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución*. AA.VV. Obra Dirigida por Antonio López Pina. División de Poderes e Interpretación. Tecnos. Madrid. 1987, p 168.

<sup>105</sup> Canosa Usera. Ob....Interpretación....cit..pág 85

prevalencia de unos frente a otros, no puede determinarse a priori con una simple lectura de la Constitución <sup>(106)</sup>.

En cuanto a los métodos de interpretación podemos distinguir los siguientes:

A. LITERALISMO: de acuerdo al sentido propio de sus palabras. Lenguaje técnico jurídico. Punto de referencia obligado. Comprensión, claridad y simplicidad lógica: "No será, desde luego, una jurisprudencia mecánica porque toda explicitación y aplicación de una norma, recordémoslo, constituye un acto más en el proceso creador del derecho"<sup>(107)</sup>.

B. SISTEMÁTICO: Entre disposiciones. Resto de los elementos que forman la totalidad hermenéutica:

1. Sistemática aplicativa: contexto.

2. Sistemática instrumental: otros criterios de interpretación. Influyen las teorías institucionalistas: relación de normas con base en la institución. Para CANOSA es el método más útil en interpretación constitucional. La Constitución es "per se" sistematizadora (sistematicidad constitucional) <sup>(108)</sup>.

---

<sup>106</sup> Quadra-Salcedo, Tomás. *La Constitución como norma y la seguridad jurídica*. AAVV. División de Poderes e Interpretación. Obra colectiva edición y prólogo por Antonio López Pina. Tecnos. Madrid. 1987. Pág 136

<sup>107</sup> Canosa Usera. Ob.....Interpretación....cit.,pág 94

<sup>108</sup> Canosa Usera. Ob..Interpretación...cit....págs 88-9. Además agrega que "...la sistematicidad para nuestro TC es consecuencia de la comprensión de todo el orden jurídico conforme a la Constitución."

C.HISTÓRICO: Antecedentes históricos y legislativos. Originalismo: voluntad del constituyente, intuir cuál sería su punto de vista en el caso presente. Para Canosa interpretar es actualizar la Constitución no volver al pasado.

D. TELEOLÓGICO: Espíritu y finalidad de las normas. Ratio legis, fin político. Discernir los fines no es algo obvio <sup>(109)</sup>.

E. ANALOGÍA: Es más bien método de integración, no puede ser medio de producción del derecho, por seguridad jurídica. Para desarrollar expansión lógica y axiológica de la ratio legis.

Afirma Kelsen, <sup>(110)</sup> que todos los métodos interpretativos hasta ahora desarrollados sólo conducen a un resultado posible, pero nunca al único resultado justo.

En cuanto a los criterios de interpretación dice DE BELTRÁN que detener en el tiempo los criterios interpretativos es, desde su punto de vista, absurdo (por contrario al control de constitucionalidad y a la misión del Juez constitucional como algo `viviente y evolutivo), peligroso (porque separa al intérprete de la realidad a la que las normas han de aplicarse, fomentando la

---

<sup>109</sup> Rubio Llorente, Francisco. Ob..La Forma del Poder. (Estudios sobre la Constitución. La Constitución como fuente de Derecho)....cit....pág 98. Dice el autor que la interpretación teleológica de las normas exige que, junto a la finalidad de la norma, siempre se tenga en cuenta el telos de la Constitución, que es la creación y mantenimiento de un orden abierto, de una sociedad abierta en donde la voluntad del pueblo tiene como limitación única mantener abiertas todas las posibilidades.

<sup>110</sup> Kelsen, Hans. Ob.Teoría General..... cit....,pág 133

partición de lo jurídico en dos mundos separados: el del Juez, rígido y obsoleto, y el de la realidad del tráfico y la práctica jurídicas, vivo y adaptable) y probablemente imposible (pues las nuevas normas llevan necesariamente consigo nuevas técnicas de interpretación, que terminarían por anular los criterios del Juez.) <sup>(111)</sup>.

### **1.7- La Jurisdicción Constitucional de los derechos fundamentales.**

La recepción de los derechos fundamentales en los textos constitucionales fue importante en el reconocimiento y protección de los mismos. Sin embargo, el sólo reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales no es suficiente sino lleva aparejadas las garantías que aseguren la efectividad del libre ejercicio de esos derechos <sup>(112)</sup>.

De ahí que los ordenamientos modernos agregan al reconocimiento constitucional, la utilización de diversos mecanismos o técnicas de protección que incluyen la consagración constitucional, la progresiva aplicación directa de la constitución, la imposibilidad por parte del Ejecutivo de regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales y el confinamiento de esta facultad en el poder legislativo, la imposición de límites al propio

---

<sup>111</sup> Beltrán De Felipe. Ob..Originalismo .cit..pág 90

<sup>112</sup> García Morillo, Joaquín. *La protección Judicial de los Derechos Fundamentales*. Tirant le Blanch. Valencia. 1994.Pág 21. Vid sobre la positivación de los derechos Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos. Madrid. V Edición 1984, pág 52.

legislador, el establecimiento del control de constitucionalidad de las normas con rango de ley y por último el establecimiento de mecanismos de protección de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción ordinaria y en algunos ordenamientos como por ejemplo el español, también, por parte de la jurisdicción constitucional.

Esto quiere decir, que toda protección de un derecho fundamental en forma efectiva, debe incorporar a su reconocimiento constitucional y legal, la existencia de una acción procesal destinada a hacerlo valedero ante un determinado Tribunal, si no sería retórica vana<sup>(113)</sup>.

La eficacia de la Constitución como norma reconocedora de derechos va unida con la simultánea existencia de la acción y de la viabilidad del proceso llamados a hacerlos valer. Por eso la doctrina sostiene que *Constitución, derechos fundamentales y proceso, son los pilares que sostienen el Estado de derecho*. Y aun más, se dice que los derechos fundamentales son los que hacen de la Constitución una norma jurídica, encontrándose ambos en una relación directa. Los derechos fundamentales necesitan de la Constitución para tener vigencia y protección y ésta necesita de los derechos fundamentales porque son los que les inyectan su ser jurídico y por que si no los reconociera no sería Constitución<sup>(114)</sup>.

---

<sup>113</sup> Bilbao Ubillos, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares*. C.E.C. Madrid. 1997. Pág 40.

Está claramente establecido que no se puede imaginar el sentido auténtico de la Jurisdicción constitucional, fuera de un Estado Democrático de Derecho. Cuando la Jurisdicción constitucional se incorpora en un Estado no democrático, queda vacío el contenido sustancial para cuya defensa y subsistencia se ha querido establecer<sup>(115)</sup>.

Con lo anterior se debe concluir que el primer supuesto de la jurisdicción constitucional es la democracia, cuyo núcleo político, dice BIDART CAMPOS radica en la efectividad del respeto a los derechos humanos, en su indivisible composición, a saber, derechos civiles, políticos y sociales. Así las cosas, el entorno de la democracia y la trilogía de los derechos es la base esencial de la jurisdicción constitucional, que debe manejar una interpretación dinámica de la Constitución y del Derecho Internacional de los derechos humanos bien armonizada <sup>(116)</sup>.

Como es ya sabido, el principal objeto de la Justicia Constitucional está representado por la constitucionalidad de las leyes, sin embargo no se puede reducir el ámbito de la justicia constitucional a dicha función en concreto, ya que existen otras funciones de estimable consideración, tales como la protección de los derechos fundamentales frente a cualquier

---

<sup>114</sup> García Morillo, J. Ob... La Protección cit.,pág 24. Agrega además el autor “que los derechos fundamentales no son sólo el fundamento axiológico de la Constitución sino también su componente juridificante, lo que la hace norma jurídica”.

<sup>115</sup> Bidart Campos, Germán. *La interpretación del Sistema de Derechos Humanos*. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1994, pág 129

<sup>116</sup> Bidart Campos. Ob..La Interpretación..cit....., pág 131

disposición de los poderes públicos, resolución de conflictos de competencia y enjuiciamiento de las actividades ilícitas de los titulares de órganos constitucionales. Por eso CAPPELLETTI dice que el control de la constitucionalidad de las leyes es uno más de los aspectos de la Justicia Constitucional<sup>(117)</sup>.

La columna vertebral del constitucionalismo actual son los derechos fundamentales. Antes, dice HERBER KRÜGER, los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales. Esto por cuanto las Constituciones modernas introducen en su orden normativo referencias muy precisas al orden de los valores en donde encuentran su inspiración<sup>(118)</sup>.

Toda Constitución democrática, en materia de derechos fundamentales cumple generalmente una doble función. En primer lugar proclama los derechos de los ciudadanos a los que concede un valor constitucional, es decir formula una lista, un catálogo de derechos y libertades. Sobre que éste valor tenga carácter constitutivo o de mero reconocimiento, versan muchas doctrinas, sin embargo, lo que sí no deja duda alguna es que el reconocimiento, sea o no creador de derechos, es la condición inicial para su eficacia y su oponibilidad.

---

<sup>117</sup> Cappelletti, Mauro. Ob..Los Tribunales Constitucionales cit...,pág 646

<sup>118</sup> Krüger, Herbert, citado por De Vega García, Pedro. Ob..Jurisdicción Constitucional y Crisis.....cit,....pág 111.



La Constitución debe, por otra parte, garantizar los derechos proclamados. Su mera proclamación, su mero reconocimiento, su mera afirmación, los deja en un estado virtual. Para que se trate de derechos reales y definidos, la Constitución debe establecer ciertas reglas jurídicas y poner en pie ciertos mecanismos destinados a garantizar el respeto de los derechos. A la cabeza de éstas garantías figurará siempre la instauración de una justicia constitucional, porque la protección de los derechos fundamentales no podría quedar suficientemente asegurada si le fuera muy fácil al legislador poder violarlos. Es la idea de que no podría haber verdadera protección constitucional de los derechos y libertades, sin una jurisdicción constitucional encargada de controlar la constitucionalidad de las leyes<sup>(119)</sup>.

Las Constituciones democráticas modernas se caracterizan, en efecto, por la consideración de los derechos fundamentales como valores o principios supremos, puestos como criterios directivos de todo el sistema jurídico-constitucional. En estas constituciones los derechos fundamentales no son sólo límites respecto al <poder público>, sino que también son factores positivos de orientación, integración y dirección en relación con los poderes públicos con especial incidencia en la función legislativa. Ésto digámoslo de alguna manera es la razón de ser de las Constituciones

---

<sup>119</sup> Bon, Pierre. *La protección constitucional de los derechos fundamentales: Aspectos de Derecho Comparado Europeo*. (Trad de Marina Cueto Aparicio). R.C.E.C. No 11. Enero-Abril 1992, pág 43.

modernas y por ello adquiere sentido la jurisdicción constitucional de los derechos fundamentales<sup>(120)</sup>.

De todos es sumamente conocido, que en el ámbito de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, existen dos modelos, el difuso y el concentrado<sup>(121)</sup>. Dentro del modelo concentrado existen, por llamarlo de alguna manera, submodelos. Bajo el prisma de los derechos fundamentales se debe decir que en el sistema concentrado, plataforma sobre la cual se asienta esta investigación, predomina el submodelo basado en el recurso directo de los interesados en la tutela de sus propios derechos fundamentales. Ej España<sup>(122)</sup>. Siguiendo con la misma terminología, diremos que existe otro submodelo dentro de la jurisdicción de los derechos fundamentales. Éste supone una posibilidad más atenuada de defensa de

---

<sup>120</sup> Brewer-Carías, A. Ob...Control de Constitucionalidad...cit..., pág 563.

<sup>121</sup> Un estudio completo sobre estos dos modelos se puede ver Trujillo, Gumersindo. *Dos estudios sobre la Constitucionalidad de las leyes*. Universidad La Laguna. Canarias. 1979. Pág 37. Sobre el sistema difuso y su funcionamiento Dorado Porras, Javier. *El Debate sobre el control de la Constitucionalidad en los Estados Unidos*. Dickynson. Madrid. 1997. Pág 113.

<sup>122</sup> Baldasarre, Antonio. *Parlamento y Justicia Constitucional en el Derecho Comparado*. AA.VV. Obra Colectiva Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de Asociación de Letrados de Parlamentos. Coordinador Frances Pau I Vall. Aranzadi. Pamplona. 1997. Pág 192. Opina el autor que el submodelo de recurso directo de los ciudadanos de acudir directamente al juez constitucional es la modalidad más coherente con una justicia constitucional concebida como jurisdicción de los derechos fundamentales. Es seguramente la que conlleva una mayor probabilidad de defensa de las múltiples hipótesis de violación de un derecho fundamental. Incluso este autor piensa que este modelo cumple las mismas funciones que el modelo Estadounidense, donde cualquier ciudadano que tenga interés puede solicitar la tutela de su derecho fundamental frente al juez correspondiente según las reglas ordinarias de competencia.

los derechos. Ej Italia. Aquí el juicio de constitucionalidad viene condicionado por la previa superación de un filtro constituido por el juez ordinario competente de la causa. Más adelante nos referiremos al mismo.

### **1.7.1- Teoría de los derechos fundamentales.-**

#### **1.7.1.1- Concepto de derechos fundamentales.**

Antes de hacer un análisis del significado actual de los derechos fundamentales, es de gran importancia tener un concepto claro de los mismos. El concepto derechos fundamentales ha dejado de ser un concepto científico y se ha incorporado al lenguaje hablado por la mayoría de los seres humanos.

Sin embargo, a pesar de ser tan popular, no es un término que se viene utilizando desde que se impuso el Estado Constitucional, sino más bien en el Constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Lo que sí se puede decir con claridad es que son la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos.

Los términos derechos humanos y derechos fundamentales, derechos individuales, derechos morales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas<sup>(123)</sup> etc, son utilizados muchas veces como sinónimos<sup>(124)</sup>. Sin

embargo, las expresiones más utilizadas por la doctrina son derechos humanos y derechos fundamentales. Doctrinariamente se han hecho distinciones entre ambos, dejando a los segundos para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos ha sido dejada para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo. Otros prefieren usar la expresión Derechos Fundamentales del hombre <sup>(125)</sup>.

---

<sup>123</sup> Pérez Luño, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*. Editorial Tecnos. Madrid. VI Edición. 1995 pág 51. Dice, que no se deben confundir el término Derechos fundamentales con libertades públicas, pues estas últimas se refieren a los derechos tradicionales de signo individual y tienen como finalidad prioritaria el garantizar las esferas de autonomía subjetiva, en cambio los derechos fundamentales tienen un significado más amplio y comprende, junto a las libertades tradicionales, los nuevos derechos de carácter económico, social y cultural. El profesor Pérez Royo, se manifiesta en igual sentido y dice que el término Derechos Fundamentales es más amplio que libertades públicas y que este último está incluido en el primero, cosa que no se podría decir del segundo. Ob... Curso...cit. pág 271. Vid sobre el tema de las libertades Sánchez Férris, Remedios. *Estudios sobre las libertades*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1989. Pág 25. De la misma autora *Las libertades como grupo de derechos con características propias no susceptibles de ser comprendido con los restantes derechos constitucionales*. R.D.P. No 30, 1989, pp 57.

<sup>124</sup> Vid un estudio exhaustivo sobre el problema terminológico en Barranco Avilés, María del Carmen. *El Discurso de los Derechos*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad Carlos III Madrid. Dykinson, 1996. Pág 3. Comenta la autora que la expresión derechos humanos es frecuentemente sustituida por términos que en principio parecen intercambiables. Y que se complica con la imprecisión que caracteriza al término Derechos Humanos.

<sup>125</sup> Fernández, Eusebio. *El problema del Fundamento de los Derechos*. Anuario de Derechos Humanos. No 1. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Instituto de Derechos Humanos. 1982. Pág 14. Dice que el término Derechos Fundamentales del hombre, incluye los derechos innatos, derechos naturales, derechos del hombre, del ciudadano y del trabajador, derechos

Por los límites de la presente investigación, no podemos hacer un estudio de las diferentes denominaciones que proponen los iusfilosofistas, sin embargo nos parece correcta la división que propone PÉREZ LUÑO, sobre la base de los textos normativos. El criterio distintivo, en este caso, es el grado de concreción positiva de las dos categorías. En los textos jurídicos el término derechos humanos suelen venir entendido como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional<sup>(126)</sup>. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que tienen además una protección reforzada<sup>(127)</sup>.

---

fundamentales, derechos públicos subjetivos, libertades fundamentales, y libertades públicas, y que con dicha expresión se quiere manifestar que toda persona posee unos derechos morales por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, por el derecho y el poder político, sin ningún tipo de discriminación.

<sup>126</sup> Un estudio filosófico del concepto se puede ver en Balado Ruiz Gallegos, Manuel. *En torno al concepto de Derecho Fundamental en la Constitución de 1978*. AA.VV. Obra Colectiva Introducción a los Derechos Fundamentales. Ministerio de Justicia. Madrid. 1988. Vol I Pág 337.

<sup>127</sup> Pérez Luño, Antonio. *Delimitación conceptual de los derechos humanos*. En Derechos Humanos, Significación, Estatuto Jurídico y Sistema. Publicaciones Universidad de Sevilla. 1979. Pág 13-45. Por otra parte Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría General. BOE-UCIII, Madrid. 1995, Pág 37. Opina este autor que es más completa la denominación derechos fundamentales por cuanto es más precisa que la expresión derechos humanos y carece de la ambigüedad de ésta última. En segundo lugar abarca las dos dimensiones en las

Sobre este tema las discusiones doctrinarias han sido bastantes<sup>(128)</sup>.

Pero lo único importante a tener en cuenta, dice PRIETO SANCHÍS, es que un

---

que aparecen los derechos humanos, sin caer en los reduccionismos del derecho positivo o del iusnaturalismo, queriendo decir con ello que los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad también básica. En tercer lugar dice que es una expresión más adecuada que los términos derechos naturales o derechos morales los cuales formulan su concepto sin tomar en cuenta la faceta jurídico-positiva de los derechos fundamentales. Y por último, es más adecuado que los términos derechos públicos subjetivos de los alemanes o libertades públicas de los franceses, que pueden perder en determinado momento la faceta moral y concentrar el sentido de los mismos al ordenamiento. Por su parte Pérez Royo, Ob. Curso...cit...pág 280. Dice que los derechos fundamentales son los derechos naturales democráticamente constitucionalizados acompañados de las notas distintivas de eficacia directa y vinculación a todos los poderes públicos, indisponibilidad para el legislador, contenido esencial, control judicial y control de constitucionalidad. Este es el contenido mínimo de los derechos fundamentales, termina diciendo el autor. El profesor Lucas Verdú en sus clases, define los derechos fundamentales como los imperativos normativos e institucionales de carácter fundamental reconocidos en virtud de la previa dignidad humana, éstos a su vez, son imprescriptibles, inalienables e inviolables.

<sup>128</sup> Vid por ejemplo la que se ha dado entre Fernández-Galiano, Antonio. *Derecho Natural. Introducción filosófica al derecho*. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid., 1974, pág 133 y Peces Barba. En primer lugar, el filósofo Peces-Barba sostiene que los derechos fundamentales sólo alcanzan su plenitud cuando: 1) una norma jurídica positiva lo reconoce, 2) cuando de dicha norma se deriva un conjunto de facultades o derechos subjetivos, y 3) los titulares pueden contar para la protección de tales derechos con el aparato coactivo del Estado. Este autor concibe los derechos desde una perspectiva dualista, como la síntesis de la filosofía de tales derechos, es decir, de los valores al servicio de la persona humana, con el derecho de los derechos fundamentales, que se refiere a la inserción de esos valores en normas jurídico-positivas. La positivación de los derechos fundamentales no tiene un mero carácter declarativo del reconocimiento de unos derechos o valores previos, sino constitutivo, es decir que se trata de dar vida en el ordenamiento jurídico estatal a unas normas que regulan situaciones subjetivas, con independencia de su contenido material y sin hacer remisión a fuentes legitimadoras ajenas al propio orden jurídico positivo. Fernández Galiano le objeta el negarle cualquier virtualidad jurídica a aquellos derechos humanos no reconocidos por la legislación positiva, antes de asentar los derechos humanos en el estricto orden positivo. Este autor sostiene que los derechos humanos se deben situar en un orden objetivo que pueda ofrecer un fundamento de carácter universal y al que, se pueda recurrir en cualquier momento y en cualquier lugar. Se refiere a una noción

concepto de derechos fundamentales para ser útil y operativo en el ámbito jurídico, no puede despegarse excesivamente de las propias prescripciones del Derecho Positivo<sup>(129)</sup>. La concreción más adecuada del concepto de derechos fundamentales será aquella que en cada momento mejor satisfaga los valores morales que están detrás de ese concepto.

---

prescriptiva de unos valores enraizados en una normatividad suprapositiva, es decir la fundamentación de esos derechos se encuentra en el derecho natural no en el derecho positivo. Pero además, esos derechos naturales son anteriores y superiores al Derecho Positivo, y por tanto inalienables, sin embargo deben ser reconocidos, garantizados y regulados en cuanto a su ejercicio por el Derecho Positivo. El profesor Pérez Luño dice que ambos planteamientos tienen en común la aceptación de que los derechos fundamentales tienen su razón de ser en un sistema de valores previo: el orden objetivo y universal de una axiología ontológica en Fernández-Galiano, la filosofía humanista de signo democrático, en Peces-Barba.

<sup>129</sup> Vid Prieto Sanchís, Luis. *Estudios Sobre Derechos Fundamentales*. Editorial Debate. Madrid, 1990, pág 88. Comenta además el autor que “determinar el contenido de los derechos, no es un problema teórico o conceptual, sino ideológico o de fundamentación, un problema que, debe quedar abierto al dialogo intersubjetivo a propósito de necesidades y recursos”. Vid también en la obra colectiva Problemas de los Derechos Fundamentales. Edición de José María Sauca. UCH-BOE. Madrid 1994 del mismo autor *Notas sobre el concepto de los derechos fundamentales*. Pág 181. Cruz Villalón por su parte en la misma obra, en *Concepto de Derecho Fundamental: Identidad, Estatus, Carácter*. Pág 161, aboga por un concepto constitucional de los derechos fundamentales y propone llamar derechos fundamentales en el caso de España a todos los contenidos en el Capítulo Segundo, sin distinción de Secciones. Dejando el capítulo tercero por fuera. Le parece la argumentación más razonable a partir de la Constitución. En virtud de lo anterior este autor llega a sostener que los derechos fundamentales son una categoría dogmática del Derecho Constitucional. Donde no hay Constitución no hay derechos fundamentales.

### **1.7.1.2- Evolución histórica de los derechos fundamentales.**

#### **a.- Surgimiento de los Derechos.**

Es en Francia, en el año 1770, en los movimientos que condujeron a la declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789, cuando aparece el término Derechos Fundamentales. Sin embargo, es en Alemania bajo el término *<Grundrechte>* donde es utilizado por primera vez el término en la Constitución del 20 de Diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea Nacional de PaulKirhe de Frankfurt, y se reafirma de un modo más especial tras la Constitución de Weimar de 1919, en el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. De la misma manera se conserva en la ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949.

Las raíces filosóficas de los derechos fundamentales las encontramos prácticamente desde el nacimiento de las culturas griega y romana, lo cual se puede ver en tesis que postulaban la afirmación cristiana de la igualdad esencial de todos los seres humanos. Premisas como éstas iniciaron el desarrollo de unos postulados suprapositivos que orientan y limitan, es decir, que actúan como criterio de legitimidad de quién ejerce el poder. En los siglos XVI y XVII, se produce una decisiva transposición al plano de la



subjetividad de los postulados de la ley natural, configurándose una amplia teoría de los derechos naturales<sup>(130)</sup>.

Con JHON LOCKE, la lucha por la defensa de los derechos naturales a la vida, la libertad, y la propiedad se convierten en el fin prioritario de la sociedad civil y en el principio legitimador básico del Gobierno, en el estado de naturaleza no hay sitio para el Estado, los derechos son naturales porque los individuos son iguales por naturaleza y, por tanto, libres para hacer uso cada uno de ellos de sus facultades físicas e intelectuales de la forma que estime oportuno. Mientras que Pufendorf cifró en la dignidad humana el postulado del que deriva su sistema de derechos naturales<sup>(131)</sup>. Posteriormente en el siglo XVIII, Rosseau concibe la formulación del contrato social para justificar mediante ella toda forma de poder en el libre consentimiento de los miembros de la sociedad. Dicho consentimiento halla su expresión en la voluntad general, a cuya formulación concurre cada ciudadano en condiciones de igualdad, y que constituye el fundamento de la ley entendida como instrumento para proteger, garantizar y limitar el derecho de libertad<sup>(132)</sup>.

---

<sup>130</sup> De Asís Roig, Rafael. *Las paradojas de los Derechos Fundamentales como límites al Poder*. Editorial Debate. Madrid. 1992. Pág 35.

<sup>131</sup> Schneider, Hans Peter. *Peculiaridad y función de los Derechos Fundamentales*. En la Obra Democracia y Constitución. Prólogo de Luis López Guerra. C.E.C. Madrid. 1991. Pág 121.

<sup>132</sup> Pérez Luño A. Ob...Los Derechos ...cit..., pág 31.

Posteriormente KANT <sup>(133)</sup>, funda el derecho natural exclusivamente sobre principios a priori en cuanto exigencias absolutas de la razón práctica. Para Kant, todos los derechos naturales se resumen en el derecho a la libertad, en cuanto ésta pueda coexistir con la libertad de los demás según una ley universal. Tal derecho corresponde a todo hombre en base a su propia humanidad. Al mismo tiempo este filósofo contribuyó directamente a la formación del concepto de Estado De Derecho, categoría íntimamente relacionada con los derechos fundamentales, a saber, el Estado en el que gobiernan las leyes, en cuanto constituyen la manifestación externa de las exigencias de racionalidad, y no la arbitraria voluntad de quienes detentan el poder<sup>(134)</sup>.

Esta es la idea que preside las primeras declaraciones de derechos, la Americana de 1776 y la Francesa de 1789, que vienen a constituirse en textos preconstitucionales en el sentido de que son expresión de la naturaleza humana y no de la técnica del hombre. Las declaraciones simplemente reconocen y proclaman los derechos. La Constitución del Estado, al dividir el poder de tal manera que no se pueda abusar del mismo, garantiza que esos derechos no serán vulnerados<sup>(135)</sup>.

---

<sup>133</sup> Kant, Immanuel. *Teoría y Práctica*. (Traducción de Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo). Tecnos. Madrid. 1986. Pág 36.

<sup>134</sup> Pérez Royo, Javier. Ob. Curso...cit..., Pág 208.

<sup>135</sup> Cruz Villalón. Pedro. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. REDC, núm 25. 1989. Pág 44.

### **b.- Incorporación de los derechos al constitucionalismo.**

La constitucionalización de los derechos fundamentales, tal y como lo ha dicho el Tribunal Constitucional Español, no es otra cosa, que la plena positivación de un derecho, a partir del cual, cualquier ciudadano puede conseguir su tutela ante los Tribunales y su elevación al rango de derecho fundamental, de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen el ordenamiento <sup>(136)</sup>.

Es a partir de la mitad de siglo XVIII, cuando se va produciendo en forma paulatina la sustitución del término clásico de los derechos naturales por el derecho del hombre, definición que se hace muy popular por la obra de Thomas Paine en el año 1791. Sin embargo es en la Constitución Norteamericana de 1789, dónde se incluye un Bill of Rights, inclusión que suscito en aquella época grandes polémicas entres los que defendían una soberanía parlamentaria y los que defendían la popular, para los primeros el parlamento es soberano. El único límite para el mismo eran los derechos reconocidos en el Bill of Rights. Los derechos marcan el límite para la acción legítima de los poderes del Estado y en particular del Poder Legislativo, sin derechos no existen límites para éste. De ahí la necesidad de hacer reserva expresa de los mismos <sup>(137)</sup>.

---

<sup>136</sup> Rubio Llorente, Francisco. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Doctrina jurisprudencial. Editorial Ariel. Barcelona. 1995,pág 714

Para los defensores de la soberanía popular, ésta era el origen del poder y, en consecuencia, al ser el pueblo la fuente de todo el poder, era superfluo y absurdo que hubiera que proceder a reservar alguna parte del mismo en forma de enumeración de derechos. Al final, el paso que supuso la incorporación de los derechos a la Constitución fue la indisponibilidad para el Poder Legislativo y el control por parte del poder judicial. Eficacia directa, por tanto, de los derechos, que pueden ser alegados antes los Tribunales de Justicia<sup>(138)</sup>.

Con la vasta experiencia inglesa en la positivación de los derechos, que arranca con la Carta Magna de 1215, la Petición of Rights de 1628 y el Hábeas Corpus de 1679, se dió pie a la cristalización del proceso de positivación de los derechos en América, especialmente la Declaración de Independencia y el Bill of Rights de Virginia en 1776, inspirados ellos en los presupuestos iusnaturalistas e individualistas. Los derechos a la libertad, a la propiedad, y a la búsqueda de la felicidad recogidos en tales documentos, corresponden a todo individuo por el mero hecho de su nacimiento; se trata de facultades inviolables, universales, absolutas e imprescriptibles<sup>(139)</sup>.

Son las declaraciones norteamericanas y los presupuestos racionalistas y contractualistas del Derecho Natural, quienes ejercen una

---

<sup>137</sup> Cruz Villalón. Ob. Formación...cit..., pág 46.

<sup>138</sup> Pérez Royo. Javier. Ob. Curso....cit..., pág 211.

<sup>139</sup> Schneider, Hans Peter. Ob... Peculiaridad...cit...,pág 10.

influencia directa sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada por la Asamblea Constituyente de 1789. En ese texto clásico se recalca sobre el carácter universal de los derechos consagrados, por su fundamento racional cuya validez se considera absoluta. Esta declaración encabezó la primera Constitución Francesa de 1791, y así sucesivamente con las demás Constituciones que se fueron dando los franceses como la Jacobina de 1793, que iniciaba con una tabla de derechos.

Este fenómeno se empieza a dar en los distintos ordenamientos y así, la Constitución de Cádiz de 1812, reconoce una amplia relación de libertades. La Constitución Belga de 1831 y las de los Estados alemanes e italianos de la época, incluyen una serie de derecho y libertades, más o menos amplia según el predominio de la ideología de sus redactores. Es en ésta época cuando la dogmática empieza el estudio de los derechos públicos subjetivos, encuadrados estos en el sistema de las relaciones jurídico-positivas entre el Estado en cuanto persona y los sujetos privados<sup>(140)</sup>.

Lo que sí marca esta época es el carácter individualista de los derechos, éstos eran considerados como patrimonio del individuo en su condición presocial. Sin embargo a lo largo del siglo XIX los trabajadores adquieren gran relevancia, a medida que avanzan los procesos de

---

<sup>140</sup> Pérez Luño. Ob...Los Derechos Fundamentales.....cit..pág 37

industrialización se reivindican unos derechos a los que se llama económicos y sociales, frente a los de corte individualista supramencionados. A partir de este momento el derecho al trabajo, a sus dividendos y a la seguridad social, pasan a ser las nuevas metas. Y así los primeros principios se regulan en la Constitución Francesa de la Segunda República, incorporándose los mismos en todos su esplendor en la Constitución Rusa de 1918, lo que vendría a constituir las declaraciones burguesas de derechos.

La Constitución Mexicana de 1917 es la que viene a intentar conciliar de alguna manera los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los extremos del individualismo y el colectivismo. Sin embargo, el texto fundamental que logra hacer la transición en forma brillante es la Constitución de Weimar de 1919. La Constitución de Weimar fue el texto inspirador de las Cartas Constitucionales que han intentado conjugar en su sistema de derechos fundamentales, las libertades con los derechos económicos, sociales y culturales. Si la experiencia constitucional francesa habían sido la experiencia dominante en el siglo XIX, será la experiencia alemana la que liderará el constitucionalismo europeo en el siglo XX, primero con Weimar en el periodo de entreguerras y después con la Ley Fundamental de Bonn<sup>(141)</sup>. Esta orientación se refleja en la mayoría del Constitucionalismo surgido después de la Segunda Guerra Mundial. Ejemplos de ellos, la Constitución Italiana de 1947, la Ley Fundamental de

---

<sup>141</sup> Cruz Villalón. Ob.. Formación...cit...pág 61.

Bonn, la Constitución de Grecia de 1975, la de Portugal de 1976, la de España de 1978, todas ellas han establecido un marco de derechos fundamentales integrado, lo mismo por las libertades, como por los derechos sociales <sup>(142)</sup>.

El marco de la positivización de los derechos fundamentales se completa con el fenómeno de la Internacionalización, proceso que se encuentra ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho Internacional. Todos los holocaustos que ha vivido la humanidad han servido de lucha para asegurar a todos los seres humanos un compendio básico de derechos fundamentales. Las Naciones Unidas desde su fundación penso en estas apremiantes exigencias y promulgo en el año 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a la que

---

<sup>142</sup> Asensi Sabater, José. *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*. Tirant le Blanch. Valencia. 1996. Pág 107. Dice que las Constituciones europeas comienzan, en general, con una declaración programática que invoca los grandes principios que fundan la filosofía política del Estado, particularmente en el campo de los derechos humanos. De esta manera, Italia es una República Democrática basada en el trabajo, que reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales donde desenvuelve la personalidad. Del mismo modo, el pueblo alemán reconoce...los inviolables e irrenunciables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y la justicia en el mundo. En Grecia, el respeto y la protección del valor humano constituyen la obligación primordial del Estado. Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular, mientras que la República Portuguesa es un Estado democrático....basado en el respeto y la garantía de la efectividad de los derechos. En cuanto a España, se trata de un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

siguieron los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, sociales y culturales de 1966. La Convención Americana de Derechos Humanos de 1970. En Europa se firmó en 1950 el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, posteriormente completado con la Carta Social Europea, suscrita en Turín el año 1961. Este logro sigue siendo el norte para los hombres comprometidos con la causa de la defensa de los derechos humanos.

**c.-Vinculación de los poderes públicos y del Legislador como consecuencia de la incorporación de los derechos al constitucionalismo.**

Todos los poderes públicos fundamentales, incluido el Parlamento, se hallan limitados y sometidos al imperio de los derechos. Esto significa también, al menos en línea teórica, que los derechos no tienen su origen en el Estado, en cuanto que los órganos políticos no pueden constituir la fuente de su propia obligación <sup>(143)</sup>.

Caracterizar los derechos fundamentales como límites al poder y como verdaderas obligaciones del Estado, no requiere solamente un sistema de garantías constitucionales, por ejemplo un Tribunal Constitucional y una protección del texto constitucional ante una posible voluntad de reforma de los órganos estatales. Requiere también que los derechos fundamentales

---

<sup>143</sup> Prieto Sanchís. Ob. Estudios.....cit...pág 111.



sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado, es decir, que el desarrollo que pueda o deba efectuar el Legislativo no se configure como una mediación necesaria para su efectiva vigencia. En otras palabras, que los derechos fundamentales formen parte del ordenamiento jurídico sin necesidad de ningún reconocimiento por una determinada ley o reglamento<sup>(144)</sup>.

Refiriéndose al Parlamento en otras palabras, al legislador constituido, el profesor CRUZ VILLALÓN, sostiene que los derechos fundamentales se proyectan sobre este último en tres formas, una primera en que los derechos fundamentales identifican una interdicción o proscripción, marcando un ámbito material vedado al legislador. En segundo lugar, identifican una habilitación del legislador dentro de la cual caben diversas modalidades, que van desde la limitación a la regulación o incluso la configuración de un derecho. Y por último, los derechos fundamentales identifican un mandato

---

<sup>144</sup> Prieto Sanchís, Luis. Ob.. Estudios....cit.,pág 116. Analizando algunas sentencias dictadas al respecto por el Tribunal Constitucional Español, verbigracia, las números 18/81, 21/81, 34/83, este autor llega a la conclusión de que la concepción de los derechos fundamentales, como obligaciones estatales, reposa en su reconocimiento constitucional y por consiguiente, al ser constitucionales, implica que en cuanto forman parte de una norma jurídica se imponen a cualquier otra norma precedente, las cuales han de ser interpretadas en armonía con las exigencias que deriven de los derechos y, si ello no es posible, eliminadas del ordenamiento. En un segundo lugar, al tratarse de la norma suprema del sistema jurídico, los derechos obligan a todos los poderes del Estado, en particular al legislador. Tercero que el ejercicio de los derechos no se puede impedir bajo ninguna circunstancia, pues estos se imponen directamente y deben ser aplicados por los órganos primarios del sistema. Y por último, en cuanto elementos objetivos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, no sólo defiende el status subjetivo de sus titulares, sino que constituyen criterios herméuticos preferentes, que han de ser tenidos en cuenta en toda operación de creación o aplicación del Derecho.

dirigido al legislador, a fin de completar la obra del constituyente , haciendo de este modo posible el derecho<sup>(145)</sup>.

En el caso del legislador la vinculación no se proyecta en un sólo sentido, sino que lo hace en dos vertientes. En primer lugar una vinculación negativa, que supone la prohibición de que el legislador autorice cualquier intromisión de los poderes públicos que no este constitucionalmente fundamentada y, en segundo lugar, es asimismo una vinculación positiva, que descifra en el mandato de lograr que los poderes públicos desplieguen plenamente su eficacia<sup>(146)</sup>.

En el caso de los jueces y tribunales del Poder Judicial la vinculación a los derechos fundamentales es individualizada. Pero esta vinculación individualizada que se actualiza en las sentencias y en las demás resoluciones no es inmediata sino mediata. Mediata porque está necesariamente mediada por el legislador y por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, es a través de la técnica de la cuestión de inconstitucionalidad mediante la que el juez defiende su peculiar concepción de la vinculación a los derechos fundamentales frente a la pretensión incluida en todo acto legislativo de que el juez aplique, en virtud de dicha sumisión al imperio de

---

<sup>145</sup> Cruz Villalón, Pedro. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Obra colectiva. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. Pág 128.

<sup>146</sup> Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Mc Graw Hill. Madrid. 1997. Pág 8.

la ley, la norma legal que a su vez es portadora del modo en que el legislador se encuentra vinculado a los derechos fundamentales<sup>(147)</sup>.

En el caso de la vinculación de la Administración a los derechos fundamentales, es mediata, pero no individual, sino global. Para la Administración la mediación legislativa es absoluta. Al no tener la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, los órganos de la Administración no pueden hacer frente al legislador su propia concepción de la vinculación a los derechos fundamentales y en general a la Constitución.

QUADRA-SALCEDO, dice que nos movemos hoy en día en una concepción en que son las leyes, las que han de adaptarse al marco de los derechos fundamentales respetando su contenido esencial<sup>(148)</sup>.

#### **1.7.1.3- Sistema constitucional de clasificación de los derechos fundamentales.**

Son muchos los criterios utilizados para obtener una clasificación de los derechos fundamentales. Estas son innumerables, y generalmente, aunque partiendo de los mismos principios nunca coinciden. Algunos autores

---

<sup>147</sup> García Torres, Jesús. *Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales*. Poder Judicial, No 10. Junio 1988. Pág 24.

<sup>148</sup> Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, Tomás. *El Recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Editorial Civitas. Madrid. 1981. Pág 34.

las consideran engorrosas, difíciles, bastante subjetivas, dependientes de criterios que cambian e incluso algunas dependen de posiciones filosóficas<sup>(149)</sup>.

Para trazar una lista de los derechos fundamentales, es necesario hacer un esquema de clasificación que dé idea del contenido de los diferentes derechos. Toda clasificación es, en cierto sentido, arbitraria, puesto que se fundamenta necesariamente en una opción concreta entre los numerosos elementos distintivos que en abstracto podrían ser adoptados<sup>(150)</sup>.

Los distintos sistemas de clasificación de los derechos y libertades en los textos internacionales y constitucionales suelen responder a tres grandes criterios: a): teológicos, en función de los fines perseguidos por los distintos derechos; b). materiales: a tenor del objeto, contenido o modalidades de ejercicio de los mismos, y c). formales: según los instrumentos de garantía encaminados a su protección. ZAGREVELSKY hace una clasificación instrumentada y con referencia al entrelazamiento entre las situaciones jurídicas de los particulares y la intervención del Estado, y hace tres grandes apartados. Primero, los derechos a no ser compelido a .....o derechos de

---

<sup>149</sup> Bidart Campos, Germán. Ob.... Interpretación del Sistema de Derechos Humanos....pág 27.

<sup>150</sup> Elvira Perales, Ascensión. *Propuesta de clasificación de los Derechos Fundamentales del Título I de la Constitución*. AA.VV. Obra Colectiva Introducción a los derechos fundamentales. Ministerio de Justicia. Madrid. 1988. Pág 231.

libertad negativa, segundo, derechos a ejercer libremente una determinada actividad o derechos de libertad positiva y por último derechos a ciertas prestaciones <sup>(151)</sup>.

Trasladando la clasificación anterior al sistema utilizado por la Constitución Española de 1978, PÉREZ LUÑO opina que ésta optó por un sistema formal sin embargo, ello no conlleva la exclusión de que existan puntos de cercanía entre objeto y contenido en las agrupaciones de derechos y libertades. El criterio fundamental para la inserción en los distintos sectores del Título I, viene dado por los instrumentos de tutela <sup>(152)</sup>.

---

<sup>151</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El Tribunal Constitucional Italiano. Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales*. En *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. CEC. Madrid. 1984. Pág 427.

<sup>152</sup> Pérez Luño, Antonio. Ob *Los Derechos Fundamentales...cit...* pág 164. Comenta el autor que en la C.E. la clasificación fue hecha en un orden decreciente, todo ello porque el constituyente estimó hacer de la Constitución un texto plenamente normativo, antes que una mera declaración formal.....Sin embargo otros juristas verbigracia Prieto Sanchís...Ob... *Estudios ....cit...*pág 121. Propone, que partiendo de la idea de resistencia jurídica como noción gradual de garantía de los derechos, se comprende una clasificación implícita de éstos que, en realidad, es la única con eficacia práctica en el plano jurídico. Sin embargo hace un ensayo de criterios de clasificación a saber: a) Por la titularidad de los derechos, criterio que no ha merecido mucha atención, por cuanto apoyándose en una sentencia del T.C.E. 19/83, la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación con todos y cada uno de ellos. b). Por el objeto y finalidad de los derechos. Este es el más utilizado por la doctrina, y suele atender al objeto protegido por el derecho, es decir, al bien o finalidad humana protegida en cada caso. Con base en este criterio clasificador agrupa a los derechos fundamentales en Derechos de libertad y Derechos de igualdad. Y el último criterio que utiliza es por el modo de ejercicio y contenido de la obligación. Este criterio atiende a la teoría de los derechos reflejos. Cuando una persona es titular de un derecho, significa que otro sujeto está obligado a una cierta conducta y que, de no observarla, deberá intervenir la sanción. Conforme a este criterio el autor propone clasificar los derechos en, derechos de autonomía, derechos prestacionales o de crédito, derecho a obtener la tutela de los derechos, y derechos de participación.... . Para mayor abundamiento en este punto se

#### 1.7.1.4- Doble dimensión de los derechos fundamentales.

El punto de partida sería que los derechos fundamentales son los derechos naturales constitucionalizados democráticamente. Son, por lo tanto, al mismo tiempo expresión de la naturaleza humana y de la técnica del hombre, esto es, naturales y artificiales <sup>(153)</sup>.

---

puede analizar la obra de Peces-Barba supra citada, pág 441 y sgtes. Sugiere un criterio de clasificación desde el punto de vista de las fuentes y de las garantías, que según su opinión es el más acorde con el modelo recogido en el título primero de la Constitución Española. También vid. Aguiar de Luque, Luis. *Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español*. R.D.P. UNED, número 18-19, 1983. Pág 17. Por su parte Rubio Llorente, en *La Constitución como fuente del Derecho*. En la Constitución y las Fuentes del Derecho. I.E.F. Madrid. 1979. Pág 65. Sostiene que la sistemática que presenta la Constitución Española deja mucho que decir, pues el tratamiento de las normas que reconocen derechos y libertades no responde aparentemente a una teoría bien establecida... Vid Atienza, Manuel. *Clasificación de los Derechos Fundamentales en la Constitución*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. No 2. 1979. Pág 124. Dice el autor que la C.E. presenta dos criterios de clasificación, uno explícito que es inadecuado, por ejemplo el Título I, de Deberes y Derechos y Fundamentales; muchos de los derechos ahí descritos no gozan de protección judicial. Aparte de que existen una variedad de denominaciones utilizadas en los distintos capítulos y secciones lo cual denota una verdadera anarquía clasificatoria. En razón de lo anterior, se decanta por una clasificación desde el punto de las garantías otorgadas a los derechos, que según él sería más útil.

<sup>153</sup> Bidart Campos, Germán. Ob..La interpretación cit....pág 14. Aboga el autor por la colocación en la base del derecho constitucional de una filosofía de los derechos humanos. “ Porque la dogmática constitucional precisa dice él-sin tratar de imponer en forma indiscutible el iusnaturalismo- encontrar antes y por fuera de la positividad alguna razón de ser de los derechos, suficientemente objetiva, esto es objetivismo, que se podrá encontrar en la ética, o en un sistema de valores morales, o en la naturaleza humana, o en la línea racional del derecho justo, o en las necesidades humanas, o en las valoraciones sociales, o en el proyecto existencial que una sociedad se forja y propone para su convivencia, o en la tradición histórica de una comunidad, o por fin, hasta en el consenso social generalizado”.

Aunque por el carácter de naturales, se han presentado muchos inconvenientes para la constitucionalización de los derechos, debido a que unos opinan que una enumeración de los mismos se convertiría posteriormente en una restricción en lugar de una ampliación o garantía de la esfera de los derechos individuales, y para otros que no había razón alguna para poner por escrito lo que era evidente y tenía por tanto que estar por encima de cualquier disposición. Lo cierto es que el curso de los acontecimientos históricos vino a demostrar más allá de toda duda que, quienes se oponían de ésta manera a la constitucionalización de los derechos, no tenían razón. La constitucionalización de los derechos ha sido un instrumento de ampliación de los originarios derechos naturales del hombre.

El maestro alemán HESSE dice que es en el carácter de los derechos como naturales y fundamentales, simultáneamente, donde descansa la teoría del doble carácter de los derechos constitucionales, teoría que ha sido aceptada por la mayoría de los Tribunales Constitucionales. Queriendo decir con ello, que los derechos operan, por una parte, como delimitadores de la esfera de libertad personal del ciudadano y, por otra, como elementos constitutivos del ordenamiento de los poderes del Estado<sup>(154)</sup>.

---

<sup>154</sup> Hesse, K. *Significado de los Derechos Fundamentales*. AA.VV. Manual de Derecho Constitucional. Dirigido por Antonio López Pina. Editorial Marcial Pons e IVAP. Madrid. 1996. pág 89

En su primera función, esto es, en cuanto derechos subjetivos, suponen la concreción de lo que en cada momento histórico se considera que debe entenderse por dignidad del ser humano. De este modo hay que incluir aquí, no sólo los derechos clásicos de la libertad frente al Estado, sino también determinados derechos de prestación que exigen una intervención positiva del Estado. En España por lo tanto se deben incluir la educación, la sanidad y determinadas prestaciones sociales que garanticen un mínimo vital. En resumen, los derechos subjetivos no son, por lo tanto, exclusivamente los derechos de la naturaleza humana originaria, sino los derechos de la naturaleza humana civilizada. En su dimensión subjetiva los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que entre sí.

Ahora bien, no hay que olvidar que los derechos fundamentales también operan como elementos objetivos del ordenamiento constitucional del Estado en una doble faceta, a saber: Primero en el sentido en el de que el Estado sólo tiene un fin en tanto expresión política de una sociedad integrada por individuos titulares de derechos que pueden, en consecuencia, autodeterminarse. Y en segundo lugar, de que el poder del Estado, en sus diversas manifestaciones, encuentra su origen en los propios derechos fundamentales. Esto es, que son los ciudadanos los que haciendo uso del derecho a la justicia hacen funcionar el poder jurídico del Estado, controlando de esta manera las conductas antijurídicas, bien de los ciudadanos, bien de los poderes públicos. Los derechos son, pues, *la razón*



de ser del Estado de Derecho, como piezas indispensables para el funcionamiento en la práctica de los mecanismos esenciales del mismo<sup>(155)</sup>.

Desde la base objetiva, los derechos fundamentales representan el acuerdo tomado entre las diferentes fuerzas sociales.

Un sector de la doctrina habla de una funcionalidad de los derechos fundamentales, así en el plano objetivo, la función de estos es la de sistematizar el contenido axiológico del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al derecho<sup>(156)</sup>.

---

<sup>155</sup> Solozabal Echavarría, Juan José. *Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales*. R.E.P. No 71. Enero-Marzo 1991. Pág 88.

<sup>156</sup> Pérez Luño, Antonio. *Las funciones de los derechos fundamentales*. AA.VV. Obra colectiva Introducción a los Derechos Fundamentales. Ministerio de Justicia. Madrid. 1988. Pág 667. Explica el profesor que la trascendencia en el desplazamiento desde la estructura a la función de los derechos fundamentales se debe al propio proceso de evolución del Estado de Derecho. A diferencia del Estado liberal, en el Estado moderno, a saber el Estado Democrático de Derecho, los derechos aparecen como derechos de participación en la vida política, social, económica y cultural, para lo que se requiere un compromiso activo de los poderes públicos encaminado a garantizar su ejercicio. De ahí que en esta forma de Estado la plena vigencia de los derechos fundamentales exige, de parte de los órganos estatales, el recurso a las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos. Peces-Barba. Ob.. Curso.....cit..., pág 415, dice que las funciones de los derechos fundamentales son dos, por un lado desde el punto de vista objetivo, como subsistema dentro del ordenamiento son una prolongación de la norma básica material de identificación de normas, cuya raíz son los valores superiores del artículo 1.1.en el caso de la Constitución Española.Y por otro lado desde el punto de vista subjetivo los derechos fundamentales reconocen, en normas positivas, pretensiones morales justificadas de los individuos y de los grupos, en forma de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades. Además agrega este mismo autor que la función subjetiva de los derechos fundamentales se ejerce a través de tres grandes dimensiones, que son la función garantizadora o protectora, la participativa, y la promocional. Funciones que actúan en el sentido del consenso mayoritario para hacer posible la autonomía o independencia moral. Ahora bien estas dimensiones son

En resumen, los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de libertad individual, y los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo, han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente declarados. Es España el T.C. en sentencia dictada el día 14 de Julio de 1981, refiriéndose al carácter de los derechos fundamentales, ha manifestado: “ Que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al mismo tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho o

---

necesarias para el cumplimiento de la función subjetiva, es decir para la creación de una forma de organización social que haga posible la libre elección de la conciencia privada por cada uno. La función garantizadora se realiza creando espacios libres, donde los titulares de derechos pueden actuar autónomamente y sin interferencias para poder ejercer la libertad de elección. La función participativa, por el contrario, hace posible la intervención individual en la formación de la voluntad de los poderes públicos, o en el funcionamiento de los servicios públicos. Y por último la función promocional, término utilizado por Norberto Bobbio que parte del supuesto de aquellas situaciones en que se encuentra la persona, que le impiden o dificultan el desarrollo de su conciencia privada, y que ésta es incapaz de resolver por sí misma. Esta dimensión exige el apoyo de los poderes públicos y de grupos o poderes privados para suplir y promover condiciones y remover los obstáculos que hagan imposible la finalidad principal de los derechos en su dimensión subjetiva.

el Estado Social y democrático de Derecho, según la fórmula de la Constitución Española. (Art. 1.1)".

Parecidas afirmaciones se encuentran en las Constituciones de otros países y en el plano internacional, verbrigracia, la misma idea se expresa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (preámbulo y párrafo primero) y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto)<sup>(157)</sup>.

#### **1.7.1.5- Fuentes del de los derechos fundamentales.**

Es muy difícil definir el concepto de fuentes dice el profesor DE OTTO, por cuanto el derecho procede de un conglomerado informe de factores que van desde simples circunstancias fácticas, incluso no humanas, hasta conductas minuciosamente regladas por el ordenamiento <sup>(158)</sup>.

En el caso de los derechos fundamentales, los profesores MARTÍN RETORTILLO Y DE OTTO PARDO, manifiestan que el denominado sistema de

---

<sup>157</sup> Pérez Royo, Javier. Ob.. Curso.....cit..., pág 270.

<sup>158</sup> De Otto Pardo. Ob. Sistema ..cit.. pág 70. Opina que con la expresión fuentes se designa a la propia manifestación de la voluntad normativa, esto es, "el acto que conduce el ejercicio de la voluntad normadora del órgano habilitado para ello por el ordenamiento. Fuentes son los actos normativos que están autorizados por el ordenamiento para producir una norma jurídica".

fuentes exige diferentes niveles de aproximación, por cuanto estamos ante un verdadero crucigrama constitucional<sup>(159)</sup>.

La doctrina en base a la experiencia de las diferentes constituciones, distingue tres sistemas de positivación constitucional de los derechos fundamentales, a) mediante cláusulas generales: Son postulados que enuncian genéricamente los valores o principios básicos sin explicar su contenido. b) los catálogos: Son disposiciones especiales o casuísticas que pormenorizan el alcance de los distintos derechos fundamentales reconocidos y c) mixto: Es el procedimiento empleado en aquellas constituciones que tras enunciar grandes principios sobre derechos fundamentales, formulan detalladamente en el articulado de la norma constitucional, el catálogo sistematizado de los principales derechos fundamentales. En cuanto a la Constitución Española, dice PÉREZ LUÑO, se decanta por un sistema mixto, que por la forma en que está expuesto, sobrepasa la tipología dada por cuanto distingue cinco instrumentos de positivación de los derechos fundamentales<sup>(160)</sup>.

Los cinco instrumentos que distingue el profesor PÉREZ LUÑO son a) Valores superiores del orden jurídico constitucional; bajo esta fórmula se alude a los derechos fundamentales del preámbulo de la Constitución, viendo el resumen de los valores básicos. También de forma expresa los

---

<sup>159</sup> Martín-Retortillo, Lorenzo/De Otto Pardo, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas. Madrid. 1988. pág 25.

<sup>160</sup> Pérez Luño....Ob.. Los Derechos.....cit... pág 58

define en el art 1. b) Los principios constitucionales; aquí se engloban una serie de principios dirigidos a delimitar el marco político, social, y económico que va a determinar las modalidades de ejercicio de todos los derechos fundamentales, como también una serie de postulados encaminados a orientar la acción de los poderes públicos. Tales son los arts 9.2, 10, 39a 52, que son los principios rectores de la política, social y económica. c) Cláusulas generales; corresponde a un numeroso grupo de derechos fundamentales acogidos en el texto de la Constitución y positivados como tales derechos, y no como principios y se hallan remitidos a la legislación orgánica para su delimitación y alcance. Ejemplo es el art 17.4, el 18.4.d) Normas específicas o casuísticas, son las normas que aparecen en la Constitución, sin que haga referencia a su posterior desarrollo legislativo, de lo que se deduce que su positivación constitucional va a ser la normativa configuradora de su alcance y significación. Ejemplo es el derecho a la igualdad art 14, prohibición de tribunales de honor, art 26. y e) por último las normas de tutela; ya que en la constitución española, aparte de las normas encaminadas a formular positivamente los derechos fundamentales, recoge normas dirigidas a su garantía, ejemplo el art 53, y el art 54 que institucionaliza al Defensor del Pueblo <sup>(161)</sup>.

---

<sup>161</sup> Pérez Luño. Ob..Los Derechos .cit... pág 60. Otros autores españoles, refiriéndose a la Constitución Española, utilizan otros criterios de clasificación de las fuentes. Vid al respecto Peces-Barba Ob...Curso...cit., pág 494, quien dice que son las garantías, con independencia de los futuros problemas de interpretación, las que llevan a establecer el sistema de fuentes. Así, de acuerdo con los diferentes grados de resistencia, habla de tres clases de derechos. En primer lugar los derechos y libertades comprendidos en el capítulo II, segundo los derechos de la sección 2 del capítulo II; y

### 1.7.1.6- LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Que los derechos fundamentales tienen límites, es una cuestión que no admite duda alguna, pues el ordenamiento jurídico está compuesto por normas que de una u otra manera limitan la libertad de los individuos, una libertad ilimitada o un uso sin control de la propiedad, por ejemplo dice HESSE, puede dar lugar a que se vean afectados otros intereses, ya se trate de derechos de terceros o de intereses importantes para la sociedad <sup>(162)</sup>.

Los derechos fundamentales, a pesar de su imprescindibilidad, no son derechos absolutos, pues en el ordenamiento jurídico, como sistema que es, todos los derechos son limitados, todos se encuentran relacionados entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales podrían entrar en conflicto <sup>(163)</sup>.

---

por último una tercera gradación que se ubica entre el capítulo 1 y los derechos de la sección 2 del capítulo II, que son los del 11 al 13. Prieto Sanchís. Ob... Estudios cit...pág 103. Dice en cuanto a España, que la mejor noción jurídica de derechos fundamentales es precisamente aquella que les identifica con los derechos constitucionales, evitando con ello recurrir a una argumentación moral y extrasistemática que dificulta el conocimiento jurídico.

<sup>162</sup> Hesse, K. Ob...Significado cit...pág 109. También Aguiar de Luque. *Los Límites de los Derechos Fundamentales*. R.C.E.C. No 14. 1993. Pág 9. También Peces-Barba Martínez, Gregorio. Ob. Curso ..cit. págs 587, quién aclara que cuando se habla de límites de los derechos fundamentales se está haciendo referencia a los jurídicos, pues de hecho existen una gran cantidad a saber el analfabetismo, escasez y otras situaciones económico-sociales.

<sup>163</sup> Solozabal Echavarría, Juan José. Ob. Algunas cuestiones básicas..cit..., pág 97. Agrega el autor que la existencia de límites a los derechos fundamentales deriva del carácter universal o general de los derechos fundamentales, cuyo disfrute simultáneo es imposible sin una ordenación, de indudable alcance restrictivo, de su ejercicio. Y en segundo lugar de la necesaria coexistencia de los mismos entre sí o con otros

Como se dijo en otro epígrafe, los derechos fundamentales vinculan negativamente al legislador. De esa dimensión subjetiva de los derechos fundamentales surge la categoría de límite y las técnicas que han establecido para la protección de los derechos.

Ahora bien, desde la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, hay que decir que el contenido del derecho fundamental, como todo derecho subjetivo, se halla integrado por un determinado haz de garantías, facultades, y posibilidades de actuación que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares. Estas concretas facultades y poderes, en cuanto manifestaciones o proyecciones del bien jurídico a cuya tutela se encomienda el derecho, constituyen lo que se llama el *contenido constitucionalmente protegido*. Esto quiere decir, según IGNACIO DE OTTO, que el legislador sólo puede operar lícitamente si respeta el contenido delimitado por la Constitución<sup>(164)</sup>.

---

bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, ya que los conflictos que surjan entre ellos no se pueden resolver afirmando la prevalencia absoluta de alguno de ellos, sino por el contrario con la afirmación debilitada de todos.

<sup>164</sup> De Otto Pardo/Martín Retortillo. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el art 53.1 de la Constitución*. Ob....Derechos Fundamentales y Constitución, cit..., Pág 155.

## **A.- Clases de límites.**

### **1.- Límites directos o explícitos.-**

La condición limitada de los derechos fundamentales se deriva a veces, del tenor explícito de la Constitución. Primeramente, de los mismos términos reconocedores del derecho que delimitan su objeto al referirlo a determinado contenido, relaciones o ámbitos vitales. Otra veces, la Constitución se refiere expresamente a restricciones o límites derivados de la colisión del respectivo derecho con otro concreto o contiene limitaciones formuladas en términos más generales. El problema surge cuando esos límites no son explícitos sino implícitos<sup>(165)</sup>.

Sin embargo, es claro que, a pesar de que la Constitución describa detalladamente el contenido protegido de un derecho, no están agotadas las posibilidades de colisión de intereses que puedan resultar del ejercicio de los derechos. De aquí se justifica la habilitación que el constituyente le ha otorgado al legislador para que éste proceda al necesario, y definitivo

---

<sup>165</sup> Prieto Sanchís, Luis. Ob Estudios...cit... pág 153. Las limitaciones resultan en primer lugar de la Constitución, pero no puede la Constitución establecer por sí sola y de antemano todos los límites de los derechos fundamentales, así que también pueden tener su origen en el legislador, en el Gobierno, en una decisión de la corporación Municipal o incluso en la misma voluntad de los mismos individuos. Por su parte Gavara de Cara, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. C.E.C.Madrid. 1996. Pág 167. Dice que los límites a los derechos fundamentales son normas que restringen su objeto de protección, y tan sólo podrán ser adoptados de conformidad con la Constitución.



acomodamiento de los derechos a las relaciones sociales. Ésta, en otras palabras, es la finalidad de la reserva de ley.

Pero la cuestión no se agota en los límites explícitos o extrínsecos como los llama un sector de la doctrina <sup>(166)</sup>, sino que dentro de estos

---

<sup>166</sup> Fernández Segado, Francisco. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina Constitucional*. R.E.D.C. No. 39, año 13, 1993 Pág 236. Los límites a los derechos fundamentales pueden ser de dos tipos, límites intrínsecos y límites extrínsecos. Los primeros derivan de la propia naturaleza de cada derecho y de la función social. Dentro de ellos suelen diferenciarse a su vez los límites objetivos- que son los que se desprenden de su propia naturaleza, de la misma realidad del derecho- de los subjetivos -que derivan de la actitud del sujeto titular y de la forma de realizar el propio derecho-. Un ejemplo para saber cuando estamos ante uno u otro, se explica diciendo que cuando se produce una infracción a límite intrínseco objetivo estamos ante un fraude de ley, y por el contrario ante una infracción a un límite intrínseco subjetivo, estamos ante un abuso de derecho. A este respecto el Tribunal Constitucional en una gran cantidad de sentencias, entre otras la 5/81, la 120/83, ha dicho que el ejercicio ilícito de un derecho no puede protegerse jurídicamente, por lo que si existiere exceso en el ejercicio de un derecho fundamental, nunca podrá otorgarse el amparo, ya que en sede constitucional solamente es posible amparar el ejercicio lícito de los derechos. Los segundos, sean los límites extrínsecos, derivan de la propia existencia social y de los demás sujetos que en ella coexisten y son establecidos por el propio ordenamiento. Ahora bien el hecho, ha reiterado el Tribunal Constitucional, de que el legislador no haya configurado el límite como tal no implica que no exista. Quiere ello decir, según Fernández Segado, que en ocasiones, estos límites extrínsecos derivan de la Constitución en forma inmediata y otras veces de forma indirecta o mediata en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes que la Constitución también protege. Y en este sentido, dice el mismo autor, basándose en las STC números 107/88, 2/82, 110/84, que la constante jurisprudencial es que.... sólo ante los límites que la propia Constitución establece al definir cada derecho, o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se deduzcan, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden ceder los derechos fundamentales.... Por su parte Aguiar de Luque. Ob...Los límites...cit...pág 21. Explica lo que se debe entender por límites intrínsecos, que serían aquellos límites implícitos en la noción misma del derecho fundamental afectado y que derivan de la incorporación de éste al ordenamiento, pero en todo caso operantes en el interior del propio derecho fundamental en cuestión, mientras que la expresión límites inmanentes se sitúa más en el ámbito de la irremediabilidad de la limitación, fruto de su incorporación a un

encontramos como ha dicho el Tribunal Constitucional español, límites *directos*, pero también hay otros que derivan de la Constitución de una manera mediata o indirecta y a estos es a los que la jurisprudencia alemana llama *Inmanentes* <sup>(167)</sup>.

## **2.- Límites inmanentes.-**

La teoría de los límites inmanentes fue construida por la jurisprudencia alemana. En Alemania, la LFB, reconoce ciertos derechos fundamentales a los que no somete a reserva o habilitación de limitación legal. Por tanto, los límites de estos derechos no pueden derivar, sin más, de lo que a este respecto disponga con un cierto margen el legislador ordinario. Sin embargo, el TCF, estableció que el hecho de que tales derechos no estén sometidos a reserva de limitación legal no significa que no tengan límites. Y por ello entendió que los mismos derivan de la necesidad de articular las diversas normas constitucionales que impone el axioma, según el cual la Constitución conforma una unidad normativa que debe ser interpretada de forma unitaria o armonizadora <sup>(168)</sup>. En otras palabras, estos derechos hallan sus límites en

---

sistema complejo como el ordenamiento jurídico, pudiendo afectar al derecho desde el exterior del mismo, esto es, mediante límites externos a su contenido.

<sup>167</sup> Medina Guerrero, M. Ob..La vinculación...cit...46. Cuestiona el autor si estos límites mediatos o inmanentes se trata de verdaderos límites, y dice que más bien, al igual que los necesarios o directos, se trata por el contrario de componentes del “contenido constitucionalmente protegido del derecho”, entendido éste “como el conjunto de facultades y posiciones jurídicas que, en cuanto directamente conectado con el interés individual intrínseco en cada derecho, queda prima facie a salvaguarda de la intromisión estatal, a menos que la Constitución autorice de algún modo la intromisión”.

los derechos de terceras personas, así como en otros bienes y valores de rango constitucional. A estos límites el T.C.F. los califico de *inmanentes*, por que no los determina el legislador, como sucede con los derechos sometidos a reserva de limitación legal, sino que son inmanentes a la propia Constitución<sup>(169)</sup>.

En el caso de España, La Constitución no tiene ningún precepto que de modo explícito se ocupe de los límites de los derechos fundamentales<sup>(170)</sup>. Por su parte MEDINA GUERRERO opina que la presencia de una reserva de ley general en el art 53.1CE, puede ser interpretada fácilmente con una reserva de limitación, quedando por consiguiente excluidos los derechos sin reserva<sup>(171)</sup>, haciendo menos apremiante el problema de los límites inmanentes.

---

<sup>168</sup> Stern, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal Alemana*. R.C.E.C. Sep-Dic 1988. Pág 273. Comenta el autor que la fijación de los límites de los derechos es una de las partes más discutidas del sistema de los derechos fundamentales. Dilema que solamente se puede solucionar mediante una ponderación entre el ámbito de protección concedido por los derechos y las barreras o límites de estos.

<sup>169</sup> Vid también Bacigalupo, Mariano. *La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal*. REDC. No 38. Año 13. Mayo- Agosto 1993 Pág 305. Comenta este autor que a través de este concepto el TCF, ha elaborado una amplia doctrina jurisprudencial. Por su parte Medina Guerrero. Ob...La vinculación...cit..pág 50, resume la doctrina del Tribunal Alemán sobre este concepto diciendo que los “ límites inmanentes, lejos de ser creación del legislador, son preexistentes a la intervención del mismo, cada derecho, en mérito de la unidad de la Constitución, ya engloba en su contenido las restricciones pertinentes en aras de la preservación de los demás derechos, ciñéndose el legislador a reproducir el alcance de los mismos.”

<sup>170</sup> Aguiar de Luque. Ob.. Los Límites ...cit..., pág 15.

Ahora bien, no son los límites explícitos que la Constitución impone los que traen los grandes problemas de interpretación, sino que son los límites intrínsecos, estos son, dice AGUIAR DE LUQUE, aquéllos que derivan de su mera incorporación y conformación constitucional<sup>(172)</sup>.

El ordenamiento español tiene muy variadas posibilidades de intervención normativa en el campo de los derechos fundamentales. Lo que si no es está muy claro dice BACIGALUPO, es si el art 53.1 Constitucional habilita al legislador a limitar los derechos fundamentales incluso para salvaguardar bienes, valores e intereses que carezcan de tal rango constitucional, es decir, si además de una *reserva de regulación legal de límites inmanentes*, contiene una *reserva de limitación legal de los derechos fundamentales en función de bienes constitucionales o no* <sup>(173)</sup>.

---

<sup>171</sup> Medina Guerrero. Ob...Vinculación...cit..pág 67. Para Bacigalupo, M. Ob..Los límites cit..pág 313, el art 53.1 CE que somete a reserva de ley la “ regulación del ejercicio ” de los derechos fundamentales, parece incluir, en todo caso, “ la regulación de sus límites inmanentes, por colisión con derechos fundamentales prevalentes de terceras personas u otros bienes, valores e intereses de rango constitucional ”.

<sup>172</sup> Aguiar de Luque. Ob..Los Límites de los cit..., pág 17. Vid también De Otto/ Retortillo, sobre este punto en Derechos Fundamentales...Regulación....cit...pág 151.

<sup>173</sup> Bacigalupo, M. Ob.. Límites ....cit....pág 313. Refiriéndose a este mismo artículo Cruz Villalón, Ob...***Derechos Fundamentales y Legislación***. En Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto . Universidad de Oviedo. 1993. Pág 93, dice que tiene la peculiaridad de recoger una sola cláusula los dos elementos fundamentales de la relación entre Constituyente y legislador constituido, las posibilidades y los límites. De esto modo, la CE habilita al legislador para regular el ejercicio de los derechos fundamentales, siempre y cuando respete el contenido esencial.

El Tribunal Constitucional Español, en sus primeras sentencias, asumió la idea de que los derechos fundamentales “tienen límites necesarios que derivan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador ”. En otra sentencia la 11/81, estableció “ que el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”. Además dijo que el art 53.1CE permite al legislador regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. Más es preciso que tengan por objeto, como anteriormente se dijo, proteger otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos<sup>(174)</sup>.

---

<sup>174</sup> En base a estas sentencias del TC, la doctrina española, Bacigalupo, M. Ob *Limites cit....*, pág 313, dice que se puede concluir que el art 53.1 CE contiene una verdadera reserva de limitación legal que también habilita al legislador a limitar los derechos fundamentales por la necesidad de salvaguardar otros bienes, valores e intereses que carezcan de rango constitucional. Por otra parte Aguiar de Luque. Ob.. *Los límites...cit...* pág 21, dice que el TC ha establecido que los derechos fundamentales se hallan sometidos a límites sobre la base de la limitación general de los derechos fundamentales y la necesidad de conciliar éstos con otros bienes que el ordenamiento protege. Dice el autor que la doctrina del Tribunal permite que la regulación del ejercicio de los derechos puede entrañar tanto su concretización legislativa como la imposición de límites a los derechos, ya sea en base a criterios subjetivos u objetivos. El contrapeso de la limitación es que además de respetar el contenido esencial, la limitación sea justificada. La valoración constitucional y el control de la justificación corresponde en última instancia al TC mediante una ponderación de ambos, el derecho fundamental sacrificado y el derecho, bien o valor constitucional garantizado en otro lugar.

Esta línea jurisprudencial del T.C. ha sido criticada por IGNACIO DE OTTO, en virtud de facilita un debilitamiento de la protección constitucional de los derechos fundamentales y private eficacia a los requisitos y exigencias que son capitales para la verdadera limitación. Para este autor, no existen los límite inmanentes como tales, y el problema de la articulación entre derechos o entre derechos y bienes constitucionalmente protegidos, se reconduce a un problema de delimitación. Dice DE OTTO que el problema de los límites inmanentes son elementos que integran el contenido del derecho, y los verdaderos límites sólo podrían reputarse en aquellas restricciones de dicho contenido que el legislador instaura operando desde el exterior del derecho con efecto constitutivo, esto es, estableciendo una limitación del derecho que de otro modo no tendría<sup>(175)</sup>.

---

<sup>175</sup> De Otto/Retortillo. Ob.. Derechos Fundamentales. Regulación.....cit...pág 144. Dice De Otto, que el art 53.1 CE solamente permite al legislador realizar limitaciones con efectos declarativos, solamente le autoriza a explicitar los límites inmanentes ya existentes en la Constitución. Por que si le habilitara dicha reserva legal para instaurar límites con efecto constitutivo, se estaría admitiendo la facultad de establecer verdaderos límites con base en el art 53.1CE, careciendo de sentido la verdaderas reservas específicas que acompañan a algunos derechos. Por lo tanto, dice el autor, no existe discusión alguna sobre límites inmanentes, sino que todo se trata de un problema de interpretación unitaria y sistemática de la Constitución, en los que no es necesaria ponderación alguna de bienes y valores, ni jerarquización, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. Esta tesis es criticada por Prieto Sanchís. Ob... Estudios...cit...pág 156. La considera más aparente que real, porque pocas veces el contenido de un derecho se muestra tan indubitado que permita discernir con tanta precisión cuándo cierta obligación jurídica representa un límite al derecho y cuándo es una interferencia en la mera libertad natural ajena a los derechos fundamentales. Por su parte Aguiar de Luque ob.. Los límites ....cit...pág 24, dice que esta tesis se centra en la inviabilidad de utilizar el art 53.1CE para limitar los derechos en base a los límites inmanentes, inviabilidad que en la práctica, más que contra el legislador, la dirige hacia el T.C cuando este controla la ley que limita el contenido de un derecho. Este autor dice que la tesis de Ignacio de Otto, hace más

Por su parte MEDINA GUERRERO comenta que el Tribunal Constitucional se ha encargado de establecer un concepto muy restringido de límite, en virtud del cual, sólo debe reputarse por tal, aquél que el legislador crea con efecto constitutivo. Únicamente aquellas restricciones de los derechos que no existirían sin la intervención del legislador resultan, pues, verdaderos límites. Por el contrario, los límites inmanentes, en cuanto derivados de la propia norma constitucional, lejos de operar desde el exterior, contribuyen a delimitar el propio contenido de los derechos. Incluso para la determinación de estos límites no es necesaria la intervención del legislador, ante un silencio de éste, los interpretes pueden aplicarlos directamente<sup>(176)</sup>.

#### **B.-Límite de los límites.**

La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales necesita también de límites para su plena eficacia y por eso se habla de unos límites de los límites <sup>(177)</sup>. Estos límites vienen a limitar la capacidad limitadora que tiene el legislador, sin ellos los derechos y libertades no tendrían la más mínima resistencia.

---

oscuro el panorama, por que con la apariencia de reducir del ámbito del legislador lo que hace es ampliar el del TC.

<sup>176</sup> Medina Guerrero. Ob... La Vinculación...cit...pág 70.

<sup>177</sup> De Otto/ Retortillo. Ob..Derechos Fundamentales.. Regulación...cit...pág 126.

El primero de los límites y el único que regula la Constitución Española es el que establece que toda restricción de éstos ha de venir respaldada por la rango de ley <sup>(178)</sup>. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (art 53.1CE). La garantía del contenido esencial<sup>(179)</sup> tiene como función proporcionar un parámetro conforme al cual se pueda apreciar si el legislador que restringe el contenido constitucionalmente protegido, prima facie de un derecho fundamental para preservar otros derechos o bienes constitucionales, oprime de tal manera el contenido que, en la práctica, lo desvirtúa<sup>(180)</sup>.

El segundo límite de los límites es el principio de proporcionalidad. Un límite de reconocimiento jurisprudencial, sobre todo en Alemania, que sin embargo ha adquirido un gran auge en las doctrinas constitucionales europeas.

---

<sup>178</sup> Fernández Segado. F. Ob. Teoría general...cit...pág 240.

<sup>179</sup> Prieto Sanchís. Ob. Estudios....cit...pág 140. El sistema constitucional español está caracterizado por incorporar, dice Prieto Sanchís, una doble barrera protectora, a saber, una primera que se orienta a cercenar las facultades de la administración, estableciendo que sólo por ley orgánica pueda regularse el ejercicio de los derechos, y una segunda que consiste en el resguardo del contenido esencial de los derechos y se orienta principalmente a limitar la discrecionalidad política del legislador.

<sup>180</sup> Prieto Sanchís. Ob... Estudios cit.. pág 167. El legislador se encuentra vinculado a los derechos fundamentales tanto en una dimensión objetiva, por que los derechos imponen al legislador el mandato de garantizar su vigencia y en cuanto derechos subjetivos, prohíben al legislador permitir injerencia alguna en el ámbito por ellos acotado, a menos que de la Constitución pueda desprenderse lo contrario.



Éste implica la necesidad de una ponderación entre el derecho limitado, de rango constitucional, y el bien salvaguardado, que carezca del mismo, que tenderá a exigir un considerable esfuerzo argumental que permita justificar racionalmente por qué debe prevalecer in concreto un determinado bien o valor, a pesar de ser, al menos en forma abstracta, de menor rango que el derecho limitado.

El mismo establece convencionalmente una triple exigencia a las leyes limitadoras de derechos fundamentales, que son en primer lugar, la exigencia de idoneidad o adecuación; segundo, la necesidad de la limitación para lograr el fin que con ella se persigue, para lo cual no debe existir medio menos gravoso mediante el que, tal fin, también podría lograrse, y en tercer lugar, la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, entre el derecho fundamental limitado y el bien jurídico o valor que se pretende salvaguardar mediante la limitación<sup>(181)</sup>.

Este principio ha sido incorporado por el T.C. Español en su doctrina. Así por ejemplo en la STC 85/92, se ha dicho "es importante destacar que, al efectuar la ponderación, debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de canon de constitucionalidad tiene

---

<sup>181</sup> Bacigalupo, M. Ob.. Los Límites...cit...pág 300. Comenta el autor que el principio de proporcionalidad ha adquirido en la dogmática europea un gran desarrollo y ello ha hecho que la garantía del contenido esencial ha quedado paulatinamente reducida allí donde se la reconoce a un mero filtro subsidiario y accesorio del principio de proporcionalidad.

especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares ”.

En virtud del reconocimiento jurisprudencial del principio de proporcionalidad, un sector de la doctrina<sup>(182)</sup> ha llegado a decir que la cuestión de si el art 53.1CE, contiene una reserva de regulación legal de límites inmanentes, o una verdadera reserva de limitación legal. Poco diferirán las consecuencias prácticas de una u otra tesis, por que al fin y al cabo, rige el principio de proporcionalidad entre el bien salvaguardado y el derecho fundamental sacrificado.

Finalmente el profesor HESSE, comentando las limitaciones a los derechos fundamentales en la República Federal Alemana, dice que la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán ha restringido considerablemente la posibilidad de limitar los derechos fundamentales, aun cuando la existencia de los límites quede a la libre disposición del legislador. Por ello, sólo se admiten limitaciones cuando se pueden justificar con consideraciones objetivas y razonables de bien común y se acoplan bien con el principio de la proporcionalidad. En virtud de lo anterior, la limitación tiene que ser adecuada a la obtención del objetivo perseguido y el medio tiene que resultar necesario. Finalmente se pondera la amplitud de la intervención y de lo necesario de los motivos que la justifican, se llega a los márgenes de lo

---

<sup>182</sup> Bacigalupo, M. Ob.. Los límites...cit..., pág 315.

que es razonablemente exigible. Los derechos fundamentales y los bienes jurídicos limitadores de los mismos deben ordenarse mutuamente de modo proporcional en el sentido de una concordancia práctica <sup>(183)</sup>.

#### **1.7.1.7-Interpretación de los derechos fundamentales.**

Los derechos fundamentales representan una de las decisiones básicas del Constituyente a través del cual, los principales valores éticos y políticos de una Comunidad alcanzan expresión jurídica. Dice PÉREZ LUÑO que son las metas sociopolíticas a alcanzar, al tiempo que establecen la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado o entre sí <sup>(184)</sup>.

---

<sup>183</sup> Hesse, Konrad. Ob. Significado....cit.. pág 110. Es importante mencionar otro punto que subraya el autor, sobre este mismo orden de ideas y se refiere al margen de discrecionalidad del legislador que no está sujeto a control de constitucionalidad y evita que el Tribunal Constitucional invada los márgenes discrecionales que corresponden a la fijación política, cuando se promulgan leyes, y en ellas no se puede fijar con claridad y certeza si las medidas que se pretenden lograr serán las adecuadas y exigidas para conseguir un determinado fin. En estos casos, dice el profesor, resulta necesario hacer una predicción, sin embargo éstas deben ser controladas y para ello el Tribunal reconoce al legislador, en este caso, una prerrogativa de estimación, cuyo alcance se aprecia en función de la peculiaridad de la materia en cuestión, de las posibilidades existentes para formarse un juicio suficientemente seguro y de la significación de los bienes jurídicos en juego, recurriendo para ello el Tribunal a parámetros que van desde un control de evidencia y razonabilidad hasta incluso una verificación material.

<sup>184</sup> Pérez Luño. Ob... Derechos, Estado de Derecho y Constitución...cit...,pág 310.

Esta peculiaridad de los derechos fundamentales incide en su interpretación y exige que su significado sea entendido unitariamente, es decir, como un sistema entre cuyos elementos no pueden existir antítesis o contradicciones de orientación y sentido <sup>(185)</sup>. Otro sector de la doctrina dice que, al ser los derechos fundamentales derecho directamente aplicable, la interpretación de los mismos tiene gran importancia, pero sin embargo, requieren una interpretación no sólo explicativa, sino rellenadora, que recibe no pocas veces la forma de un desciframiento o concretización <sup>(186)</sup>. Circunstancia ésta que se deriva de una determinada teoría de los derechos fundamentales. Ya que, tanto una interpretación teleológica del sentido, como una interpretación sistemática de estos preceptos no pueden resultar más de que una determinada teoría de los derechos fundamentales.

#### **1.7.1.7.1-Teorías de interpretación de los Derechos Fundamentales.**

De forma meramente enunciativa, pues un estudio de las mismas rebasaría los límites de este trabajo, hay que señalar que, las principales

---

<sup>185</sup> Schneider, Hans Peter. Ob..La peculiaridad...cit...pág 142.

<sup>186</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Prólogo de Francisco J. Bastida. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 1993. Pág 45. Sostiene el autor que se debe entender por tal teoría una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance general de los derechos fundamentales. Teoría que, a su vez, tiene su punto de referencia, por regla general, en una determinada teoría de la Constitución, que tiene como función no abandonar la interpretación de los singulares preceptos de derechos fundamentales a una técnica jurídica conformada a partir de detalladas regulaciones legales, sino en integrarla en el contexto general de una concepción del Estado/Constitución.

teorías de los derechos fundamentales desde las que se determina hoy en día, de forma alternativa o combinadas, la interpretación de los derechos fundamentales son: La teoría liberal o del Estado de derecho burgués de los derechos fundamentales; la teoría axiológica de los derechos fundamentales; la teoría democrática-funcional de los derechos fundamentales y la teoría del Estado Social<sup>(187)</sup>.

#### **1.7.1.7.2-Teoría Liberal de los Derechos Fundamentales.-**

En esta teoría, los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado. Se establecen para asegurar, frente a la amenaza estatal, ámbitos importantes de libertad individual y social que están especialmente expuestos, según las experiencia histórica, a la amenaza del poder del Estado. La libertad propia del derecho fundamental, visto jurídicamente, no es constituida por el Estado sino que la precede. Y

---

<sup>187</sup> Böckenförde....Ob...Escritos....cit....,pág 48. Pérez Luño. Ob... Estado de Derecho.....cit....pág 297, crítica el planteamiento que hace este autor porque tiene como error mezclar criterios clasificatorios dispares, al establecer una continuidad entre categorías político-normativas, como son las referentes al Estado liberal o al Estado Social de Derecho, y categorías de clara significación teórico doctrinal. Prosigue con su crítica y dice que, si resulta evidente la repercusión, que en orden a la hermenéutica de los derechos fundamentales, supone el tránsito desde el Estado Liberal al Estado Social de Derecho, ello no autoriza a concebir estas modalidades del Estado de Derecho como posturas teóricas sobre los derechos fundamentales, en igualdad de plano que la institucional, la valorativa o la democrática funcional, entre otras cosas porque estas concepciones doctrinales constituyen a su vez, modos de entender, en suma, el Estado Liberal o el Estado Social. Por ello este autor propone una clasificación de acuerdo a un criterio unitario, basada en las distintas posturas teórico-doctrinales que implican modos divergentes de concebir el significado, fundamento y finalidad de los derechos fundamentales con la consiguiente incidencia en su interpretación. Distingue la teoría positivista, la teoría del orden de los valores, la teoría institucional, dentro de esta última la teoría institucional funcionalista y la teoría multifuncional y por último la teoría iusnaturalista crítica.

por ello, los derechos fundamentales, como derechos de libertad, son también normas de competencias entre el individuo y Estado<sup>(188)</sup>. En concreto, de esta teoría surge ante todo que, los derechos fundamentales son, en todo caso, derecho de defensa de los individuos frente a las intervenciones del Estado en sus esferas de derechos. De ello se deduce que, el ejercicio de un derecho fundamental no requiere justificación alguna, lo que requiere justificación es precisamente, la limitación de un derecho fundamental.

#### **1.7.1.7.3-Teoría Institucional de los Derechos Fundamentales.-**

Los derechos fundamentales no tienen aquí primariamente el carácter de derechos de defensa del individuo con respecto del Estado para el aseguramiento de un ámbito de libertad individual y social en el que los individuos, desde el punto de vista jurídico, pueden actuar a su arbitrio, sino el carácter de principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos. Se despliegan y se realizan en regulaciones normativas de tipo institucional que están guiadas por la idea ordenadora del derecho fundamental, y que, como tales, acuñan las circunstancias vitales a las que se aplican, asumiéndolas y confiriéndoles relevancia normativa<sup>(189)</sup>.

---

<sup>188</sup> Böckenforde. Ob.Escritos.cit..., pág 50. La teoría liberal fue elaborada por Carl Schmitt.

<sup>189</sup> Böckenforde. Ob..Escritos.cit., pág 53. Esta teoría ha sido elaborada por Häberle. Esta concepción es valedera para todos los derechos y también para los derechos de

#### **1.7.1.7.4-Teoría axiológica de los Derechos Fundamentales.-**

En esta teoría, igual que la anterior, los derechos tienen primariamente el carácter de normas objetivas, no de pretensiones subjetivas. Y la misma se explica manifestando que el Estado mismo, en su ser social, se presenta como permanente proceso de integración de una comunidad de valores, de culturas y de vivencias, así también los derechos fundamentales se presentan como factores constitutivos determinantes de este proceso, son elementos y medios de creación del Estado<sup>(190)</sup>.

#### **1.7.1.7.5.- Teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales.-**

Aquí, los derechos no se le reconocen al ciudadano para que disponga libremente de ellos, sino en su calidad de miembro de la comunidad y, con ello, también en interés público. Parte de una concepción

---

libertad. Häberle, quién sostiene que los derechos fundamentales poseen una doble función, de un lado siguen siendo garantías de libertad individual y de otro lado asumen una dimensión institucional, a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines sociales. La función jurídica individual de los derechos fundamentales y su función como garantía institucional conforma el contenido esencial de estos derechos. El modelo es sincrónico por cuanto explica las funciones de los derechos en base a los caracteres presentes en el sistema constitucional, antes que partir de su dimensión genética. Cfr de este autor la obra *La Libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Escuela de Graduados Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997.

<sup>190</sup> Böckenforde. Ob..Escritos...cit...pág 57. Esta teoría tiene como punto de partida la teoría de la integración de Smend.

de los derechos fundamentales desde su función pública y política. Los derechos fundamentales alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado y de un proceso democrático de formación de la voluntad política. La garantía del ámbito de libertad de los derechos fundamentales tiene lugar para proteger y facilitar estos procesos<sup>(191)</sup>.

#### **1.7.1.7.6-Teoría de los Derechos Fundamentales del Estado Social.-**

Esta teoría mantiene que, los derechos fundamentales ya no sólo tienen un carácter delimitador-negativo, sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de prestación social ante el Estado. Como contenido de la garantía no se presenta sólo la libertad jurídica abstracta, sino la real, por que la garantía jurídica delimitativa se muestra insuficiente para asegurar la libertad de los derechos fundamentales como una libertad también real. De esta forma se supera el desdoblamiento que se da entre ambas garantías<sup>(192)</sup>.

---

<sup>191</sup> Böckenforde. Ob.. Escritos...cit....pág 61.

<sup>192</sup> Böckenforde. Ob..Escritos.....pág 64.



La doctrina se cuestiona si las distintas teorías de los derechos fundamentales y su repercusión en la interpretación de los derechos fundamentales, se pueden escoger libremente en el marco de una determinada Constitución. El presupuesto común es que las diferentes teorías de los derechos fundamentales se ponen, en principio, por la Constitución a opción del intérprete, no estando excluidas ninguna de ellas, y, por ello, la interpretación de los derechos fundamentales puede tomar por base una u otra.

Esta conclusión es criticada por BÖCKENFÖRDE, diciendo que las singulares teorías no se dejan reducir a meros punto de vista interpretativos o propuestas de resolución, sino que por el contrario, son expresión de determinadas concepciones del Estado e ideas básicas sobre la relación de dependencia del individuo con la comunidad estatal, tras de ello está una determinada idea de Constitución. Esto explica que la aplicación de una determinada teoría de los derechos fundamentales puede implicar una mutación constitucional. En virtud de lo anterior, tener en cuenta las diferentes teorías de los derechos fundamentales, como planteamientos interpretativos traibles a colación en forma opcional para interpretar los diferentes preceptos de los derechos fundamentales de una constitución, significa negar que esta constitución concreta y vigente parte de una determinada idea de la relación de dependencia individuo-comunidad estatal y la dota de su expresión normativa. Por ello, un autor como BÖCKENFÖRDE se decanta por una teoría constitucionalmente adecuada, expresamente

sancionada o reconociblemente presupuesta en la Constitución, que no necesita ser idéntica a una de las antes citadas, se puede presentar incluso como una modificación de una de las teorías, como una nueva teoría que transforma y recibe determinadas partes de las teorías de los derechos fundamentales, o como mero marco interpretativo que admite la coordinación, ciertamente no de todas, pero si de más de una teoría de los derechos fundamentales<sup>(193)</sup>.

Tratándose de los derechos fundamentales, la interpretación se hace un poco más complicada, apunta el profesor PECES- BARBA,<sup>(194)</sup> en virtud de que cada operador jurídico lo hará conforme al significado que le otorgue a cada derecho, según los entienda desde un enfoque iusnaturalista, o positivista, liberal o socialista, o defienda una interpretación subjetiva o objetiva. Además a ello hay que agregar, que su interpretación va a depender del momento en que se realice la misma.

En todo caso, se puede establecer que la interpretación de los derechos fundamentales consiste en el ejercicio a través del cual, se dota

---

<sup>193</sup> Böckenforde. Ob.. Escritos..cit...pág 45.

<sup>194</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio. ob..cit.. pág 578. Este mismo autor dice que existen dos criterios específicos para interpretar los derechos fundamentales, al primero le llama general y se encuentra establecido en el art 10.2 de la CE, y dice que las normas y las libertades reconocidas en la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el otro le denomina particular, establecido en el art 53.1 de la CE, pues es opinión del autor que la determinación del contenido esencial, por ejemplo, es una tarea eminentemente interpretativa y en este sentido la interpretación se presenta como el momento fundamental de dotación de significado a los derechos.

de significado a un derecho, operación que siempre se tendrá que realizar conforme con las normas constitucionales<sup>(195)</sup>.

En cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional español, en innumerables sentencias, ha dicho que los derechos son criterios, guías y límites de cualquier interpretación jurídica. Su carácter de normas básicas materiales hace que toda interpretación que transgreda su significado sea inválida<sup>(196)</sup>. Un sector de la doctrina opina que el TC en España nunca ha plasmado en su jurisprudencia un único punto de vista en la interpretación de los derechos fundamentales. Sin embargo, se ha partido siempre de la teoría liberal de los derechos fundamentales con algunas excepciones basadas en la concepción de los derechos como orden de valores y en la función de los derechos en el Estado Social<sup>(197)</sup>.

---

<sup>195</sup> Canosa Usera, Raúl. Ob. Interpretación.cit. pág 99. Por su parte el profesor Bidart Campos. Ob..Interpretación de los Derechos Humanos ...cit..., pág 113, sostiene en esta materia que todo sistema de derechos de un estado democrático viene presidido por principios, valores, fines, y razones históricas que tiene como fin favorecer y mejorar la situación del ser humano, en otras, palabras todo el derecho de los derechos humanos está impregnado de valoración.

<sup>196</sup> SSTC 21/81, 25/81, citadas por Rubio Llorente Francisco. Ob... Derechos Fundamentales y Principios... cit...pág 125.

<sup>197</sup> Bacigalupo Zapater, Enrique. *La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional y por el Poder Judicial*. P.J. No 45. 1997. III. Época. Pág 43. Comenta el autor que la excepción a la teoría liberal ha sido completada en la práctica por la teoría de los derechos fundamentales como sistema de valores, principalmente en el caso de la constitucionalidad de las reformas del derecho penal, mediante leyes que redujeron en ciertos supuestos la punibilidad del aborto.

## II.- JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

### 2.1- La Jurisdicción Constitucional.-

La Justicia Constitucional es jurisdicción, cuestión que hoy en día no admite dudas. Sin embargo, lo es de manera muy particular<sup>(198)</sup>. En primer lugar, por que la labor del juez constitucional viene caracterizada, en cierta manera, por una amplia discrecionalidad que se justifica por el hecho de que, muchas veces, el contenido concreto de los valores viene determinado por una continua referencia a la evolución de la opinión pública y del modo de pensar dominante en una cierta sociedad, así como porque muchas de las jerarquías de los valores no está siempre establecida por las disposiciones de la Constitución<sup>(199)</sup>.

También es pacíficamente aceptado que la idea que dio origen a la jurisdicción constitucional fue el control de la constitucionalidad de las leyes y

---

<sup>198</sup> Roig Batalla, Antonio. *La Jurisdicción Constitucional*. R.J.C. No 2 1996. Pág 147.

<sup>199</sup> Baldasarre, Antonio. Ob....Parlamento y Justicia...cit..., pág 194. Opina este autor que las normas constitucionales son normas de valores, esto es, normas cuya estructura típica es la establecer, para determinadas categorías de actividad una jerarquía entre dos o más valores. Vid también de este mismo autor *Constitución y Teoría de los Valores*. Traducido por Eloy García. R.C.G. No 32. II Cuatrimestre. 1994. Pág 7. Vid también la obra de Lucas Verdú, Pablo. *Estimativa y Política Constitucionales*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1984. Pág 119.

las normas con carácter de ley, declarándolas inconstitucionales si fueran contrarias a la Constitución. Como vimos líneas atrás, en este sentido, los Tribunales Constitucionales nacieron como jueces de la actuación del legislativo, vigilando que las cláusulas de reforma constitucional fueran respetadas y los textos normativos pudieran, de una forma más o menos directa, garantizar la supremacía constitucional<sup>(200)</sup>.

El control de la constitucionalidad de las leyes sigue siendo hoy en día la función que caracteriza a los Tribunales Constitucionales, es el elemento más claramente diferenciado y tipificante de sus competencias. Pero, junto al control de la constitucionalidad de las leyes, se ubican otras competencias tan significativas como la tutela de los derechos fundamentales frente a las violaciones de los poderes públicos, la resolución de atribuciones entre órganos superiores del Estado, el control de la legitimidad constitucional de los partidos políticos, la resolución de las controversias entre el Estado y las Comunidades Autónomas etc.

Las razones que han llevado a la ampliación de las funciones de los Tribunales Constitucionales, se encuentra, en la crisis de la concepción mecánica de la teoría de división de poderes, en las limitaciones y alteraciones que han sufrido los parlamentos, las crisis del positivismo legislativo y podría

---

<sup>200</sup> Cascajo Castro, José Luis. *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad. Separata de la R.E.P.No 199*. Pág 158 y ss. La obra clásica es de Mauro Cappelletti.. *La Jurisdicción Constitucional de la libertad*. Traducido por Héctor Fix Zamudio. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1961. Pág 160

decirse también, según CASCAJO CASTRO en la búsqueda de una tutela efectiva de los valores superiores del ordenamiento <sup>(201)</sup>.

La Constitución Española de 1978, presenta un modelo de justicia constitucional revestido de una amplia y compleja gama de funciones. Dentro de las competencias se destaca el control de la constitucionalidad de las leyes, en sus diversas modalidades, pero también una de las funciones más destacadas es el conocimiento del proceso de amparo constitucional, que establece en su relación una legitimación amplia para su interposición<sup>(202)</sup>.

El término Jurisdicción Constitucional, empezó a ser usado desde los primeros momentos para afirmar la idea de que era factible que un órgano controlase la constitucionalidad de las normas o de los actos inconstitucionales de autoridad. Es decir, frente al dogma de la soberanía del parlamento y de la ley, era menester afirmar que alguien, fuera de ese órgano, pudiese controlarlo. Y controlarlo era fundamentalmente

---

<sup>201</sup> Cascajo Castro. Ob...La Jurisdicción.....Pág 151 a 155.

<sup>202</sup> Solchaga Loitegui, Jesús. *La Legitimación en el Recurso de Amparo*. AA.VV. El Tribunal Constitucional. I.E.F. Madrid. 1981. Vol III. Pág 2590. Cabe agregar que sobre el conocimiento por los Tribunales Constitucionales de los procesos de amparo se han escrito numerosos estudios, existiendo por lo tanto una posición que apoya dicho conocimiento y otras que se decantan por el hecho de que la función de protección de los derechos fundamentales le debe corresponder a los tribunales ordinarios. Vid también a Freixes Sanjuan Teresa. *Constitución y Derechos Fundamentales*. PPU. Barcelona. 1992. Pág 91. Dice la autora que la Constitución Española reconoce muchos derechos pero no todos tienen las mismas garantías constitucionales.

pronunciarse sobre una conducta determinada, y era precisamente la jurisdicción, y si el tema era constitucional, entonces el concepto en juego era necesariamente jurisdicción constitucional<sup>(203)</sup>.

La Jurisdicción Constitucional puede estar a cargo de un juez constitucional único, autónomo y especial, o a cargo de jueces que ejercen distintas jurisdicciones. En el primer caso, una Corte o Tribunal Constitucional y en el segundo, distintos tribunales. Sin embargo, BISCARETTI DE RUFFIA dice que la tendencia actual parece ser claramente, conceder siempre mayor extensión en la atribución de las mencionadas funciones jurisdiccionales materialmente constitucionales, a órganos diversos de los judiciales ordinarios, y han contribuido a tal resultado conjuntamente motivos de técnica jurídica y de oportunidad política<sup>(204)</sup>.

Doctrinariamente se distinguen dentro de la jurisdicción constitucional tres ramas. La primera, la Jurisdicción Constitucional de la libertad; segundo, la Jurisdicción Orgánica y tercero, la Jurisdicción Constitucional de carácter Internacional y Comunitaria. La primera, que constituye nuestro campo de estudio, está integrada por el conjunto de instrumentos procesales dirigidos a la tutela de los derechos fundamentales. La segunda comprende los

---

<sup>203</sup> Quiroga León, Aníbal. AA.VV. *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Lima, Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 1990. Pág 31.

<sup>204</sup> Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos. Madrid. 1973. Pág 546

instrumentos de resolución de conflictos entre los diversos órganos del poder, en relación con las atribuciones y competencias establecidas para cada uno de ellos por los ordenamientos constitucionales. Y la Internacional es la más complicada al estar de por medio el Derecho Internacional. Dice el profesor FIX ZAMUDIO<sup>(205)</sup>, que esta jurisdicción comprende la resolución de conflictos relativos a la conformidad de los actos y disposiciones legislativas internas con las normas y principios de carácter Internacional y Comunitario, además de la decisión de controversias en las que se discute la conformidad de las normas externas con los preceptos constitucionales.

#### **2.1.1- La Jurisdicción Constitucional de la Libertad.**

El sistema de los derechos fundamentales, su validez como derecho vigente de manera inmediata se sustenta en la idea de su garantía. Por ello su vigencia, su respeto y su garantía constituyen una cuestión esencial de la legitimidad constitucional del Estado y ello justifica que la protección última de estos derechos pueda ser competencia del Tribunal Constitucional, en tanto es disputa constitucional entre un ciudadano y algún Poder del Estado.

De todos es sumamente conocido que la frase fue implantada en 1955 por Cappelletti, para designar a los instrumentos procesales que están dirigidos específicamente a la tutela de los derechos fundamentales

---

<sup>205</sup> Fix Zamudio, Héctor. *La Protección Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales.* Editorial Civitas. Madrid, 1982.pág 27



consagrados constitucionalmente y a los organismos judiciales -tribunales ordinarios o especializados- a quienes se les encarga dicha protección<sup>(206)</sup>.

Está constituida por el conjunto de instrumentos procesales dirigidos a la tutela de los derechos fundamentales. Lo que no debemos olvidar es que es un término al cual se le ha dado mucha relevancia, con el único fin de destacar la protección de los derechos de la persona, pero no por que deje estar comprendida dentro de la jurisdicción constitucional<sup>(207)</sup>.

### **2.1.2- Las garantías y los controles jurídicos.**

El espíritu de la libertad se articula en el Estado Constitucional por dos caminos diferentes. Mediante el sometimiento del poder al Derecho y, atribuyendo la titularidad de la soberanía a los ciudadanos, es decir, a las mismas personas sujetas a su dominación. De ahí que el Estado moderno se deba caracterizar como el Estado Democrático de Derecho, Estado en el cual el control de la constitucionalidad de las leyes encuentra su sentido<sup>(208)</sup>.

---

<sup>206</sup> Fix Zamudio, Héctor. Ob.. La Problemática.....cit...,Pág 142.

<sup>207</sup> Vid. Casajo Castro, José Luis. Ob... La Jurisdicción ...cit...,pág 163.

<sup>208</sup> vid. De Carreras, Francesc. *El Estado de Derecho como sistema*. C.E.C. Madrid. Cuadernos y Debates, Número 1. 1996. pág 3. Los postulados de este Estado de Derecho son realizar la seguridad jurídica, afirmar los derechos de la persona, y establecer un sistema organizativo que evite la extralimitación del poder. Sin embargo el profesor Lucas Verdú, piensa que todavía no se ha establecido en parte alguna un auténtico Estado Democrático de Derecho. Este, dice es una utopía, no inalcanzable

El Estado Democrático de Derecho también se caracteriza por el equilibrio que tiene que existir entre los diferentes poderes, tanto los institucionalizados como los difusos, pero ese equilibrio se encuentra sustentado en una gran cantidad de limitaciones y en la existencia de una serie de controles a través de los cuales se articulan los mismos, o sea las limitaciones y los controles se encuentran íntimamente relacionados en virtud de que una limitación sin control no puede existir.

Ahora bien, dentro de los controles se encuentran las garantías<sup>(209)</sup>, definidas éstas como los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las obligaciones o de normas o principios constitucionales, los cuales revisten carácter objetivo, es decir, jurídico<sup>(210)</sup>.

---

pero parece meta lejana en tanto perduren y se resistan a transformarse las estructuras capitalistas. Ob. Política Constitucional ....cit... pág 1526

<sup>209</sup> Cfr. Peña Freire, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Editorial Trotta. Madrid. Madrid. 1997. Pág 32, quién hace un estudio profundo sobre el concepto de garantía. Vid Mortati, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Cedam. Padova. 1976. TII Pág 123. Dice el autor que el término garantía entendido en un significado amplio designa cada mecanismo de protección de determinados intereses contra la eventualidad de ofensa a la cual están expuestas.

<sup>210</sup> Aragón Reyes, Manuel. *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*. R. E.D.C. Año 6 número 17, mayo-agosto de 1986, pág 85. Vid también Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. *El examen de la Constitucionalidad de las leyes y la Soberanía Parlamentaria*. R.E.P. Pág 198. En-Feb 1979. Dice el autor que los diversos postulados del Estado de Derecho se plasman en la Constitución, que es el orden jurídico fundamental del Estado y, en consecuencia se tienen que establecer instrumentos para asegurar su vigencia y permanencia, instrumentos a los que se conoce con el nombre de garantías constitucionales.

Dentro de este mismo orden de ideas, se debe decir que las limitaciones del poder se encuentran garantizadas por diversos instrumentos, algunos de carácter jurídico otros de carácter político, sin embargo, los instrumentos jurídicos-políticos para limitar el poder no son suficientes y se deben complementar con otros que aseguren la efectividad de las garantías, por ejemplo, la rigidez constitucional, la garantía de reserva de ley, del contenido esencial de los derechos fundamentales. Sin embargo estos no son suficientes para garantizar una limitación efectiva del poder y para ello se necesita que el ordenamiento regule mecanismos de control estrictamente jurídicos, que son justamente las garantías constitucionales<sup>(211)</sup>.

---

<sup>211</sup> Aguiar de Luque. *Las Garantías Constitucionales*. R.D.P. No 10. 1981. Pág 108. Comenta el autor que el término garantía constitucional, obtuvo su consagración entre los juristas italianos. Y con este término se designan los mecanismos jurídicos de seguridad que el ordenamiento constitucional establece, a fin de salvaguardar y defender la integridad de su valor normativo. Aquí los derechos fundamentales no son instrumentos aseguradores, sino objeto de las garantías que explícita o indirectamente contiene el ordenamiento constitucional. Vid también Lucas Murillo de la Cueva. Ob..El examen....cit...pág 198. Para quién el concepto de garantía es ambiguo. Sin embargo, sostiene que se puede concretar y distinguir entre garantías constitucionales en sentido amplio y en sentido restringido. Las primeras están compuestas por los principios organizativos y procedimientos que, sin estar encaminados a limitar el poder de los órganos constitucionales, concurren a ello de manera ocasional e indirecta, asegurando la estabilidad del orden constitucional. Y las segundas, son los mecanismos institucionales objetivamente predispuesto para asegurar el respeto de la Constitución.

## 2.2- La eficacia de los derechos fundamentales y su protección.

Con anterioridad hemos dicho que los derechos fundamentales generan, frente al Estado y los particulares, una serie de obligaciones, y por ello en su clásica obra Kelsen los llamaba derechos reflejos, porque su contenido refleja o se corresponde con la obligación impuesta por el ordenamiento jurídico a los demás sujetos que no son titulares del derecho.

Por otra parte, para que un derecho fundamental sea un derecho subjetivo en sentido estricto, es necesario que el ordenamiento reconozca a su titular la posibilidad de exigir ante un órgano jurisdiccional, la satisfacción de la obligación que no se cumplió y por ello se ponga en funcionamiento un proceso que tiene como fin obtener la solución jurídica ante la inobservancia de la obligación frente a la violación del derecho reflejo, en cuyo caso sería por ejemplo una sentencia que tiene por objeto sancionar la conducta contraria a derecho<sup>(212)</sup>.

---

<sup>212</sup> Prieto Sanchís, Luis. *El sistema de protección de los derechos fundamentales: El art 53 de la Constitución Española*. En Anuario de Derechos Humanos, No 2, 1983. Este mismo autor sostiene que cuando un sistema de derechos fundamentales no le ofrece al titular la posibilidad de obtener satisfacción frente a cualquiera de los sujetos obligados, no se podría hablar de una verdadera existencia jurídica de derechos, pues las libertades públicas, termina diciendo que carezcan de garantías eficaces, son meras formulaciones retóricas. Vid. También del mismo autor *Garantías de las libertades y Derechos Fundamentales*. Comentario introductorio al capítulo IV de la Constitución. En Comentarios a la leyes Políticas. Editorial Revista de Derecho Privado. 1984. Pág 437. Otros, como Pérez Luño Ob. Derechos Fundamentales....cit...pág 68, dice que la protección de los derechos fundamentales quedaría en entre dicho, de no haberse previsto instrumentos normativos de garantía

La eficacia directa y el carácter vinculante de la mayoría de los textos constitucionales, reflejada primordialmente respecto de los derechos fundamentales, no exime de que existan problemas. Los principios generales, como el de vinculación o eficacia directa, no traen consigo consecuencias uniformes y automáticas en todos los preceptos, y con mayor razón si éstos son constitucionales. Esto quiere decir que para modular los autenticidad de un precepto no se puede prescindir de la estructura normativa de aquel. Quién sea su destinatario, cuál sea su contenido, el grado de dificultad y concreción son datos que deben tenerse presentes para determinar su eficacia y para instrumentar medios de defensa, garantía o sanción<sup>(213)</sup>.

En resumen, la idea de que la Constitución y los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y al legislador<sup>(214)</sup>, recogida en la mayoría de los textos constitucionales, hace que sean los jueces y Tribunales quienes deban aplicar y defender esos derechos en forma preferencial, en virtud del lugar que ocupan en los ordenamientos. En

---

dirigidos a evitar la alteración de su contenido. Vid. García de Enterría, Eduardo. *Sobre los Derechos Públicos Subjetivos*. REDA, No 6. 1975. Pág 428.

<sup>213</sup> Pérez Tremps, Pablo. *Protección específica y protección general de los derechos fundamentales*. AA.VV. Obra colectiva Introducción a los Derechos Fundamentales. Ministerio de Justicia. Madrid. 1988. Pág 1772.

<sup>214</sup> Medina Guerrero, Manuel. Ob...La vinculación...cit...pág 5.

otras palabras, son los garantes naturales de todos los derechos, no sólo de los fundamentales.

Dentro de este mismo orden de ideas, se debe plantear, ¿ Sí es necesaria la existencia de medios de protección de los derechos fundamentales?. La respuesta a la pregunta es que no existe duda alguna, de que si los derechos y las libertades forman parte del ordenamiento, los instrumentos generales de que dispone el ciudadano sirven para protegerlos, sin embargo la mayoría de los ordenamientos articula instrumentos jurisdiccionales específicos de protección de derechos. No se concibe hoy en día ningún derecho subjetivo sin la correspondiente garantía judicial <sup>(215)</sup>.

La justificación de la creación de instrumentos específicos se basa en la posición de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento y en la poca efectividad de los remedios generales para garantizar los derechos fundamentales que, por su falta de celeridad y excesiva complejidad, no satisfacen las exigencias que el respeto a los derechos fundamentales plantea. Los citados derechos requieren de procedimientos en los cuales imperen la celeridad, la economía procesal, amplias facultades para el juzgador, un sistema flexible de medidas cautelares y, por supuesto, que los efectos de los fallos sean preventivos y reparadores, de ahí que maestros como BOBBIO hayan dicho y sigan escribiendo en innumerables textos

---

<sup>215</sup> Bilbao Ubillos, Juan María. Ob....*La eficacia* cit...pág 39. Vid también en el mismo sentido Oliver Araujo, Joan. *El Recurso de Amparo*. Universidad de Palma de Mallorca. Mallorca. 1986. Pág 24

jurídicos, que el problema de los derechos humanos no era el de fundamentarlos, sino el de protegerlos<sup>(216)</sup>.

El punto primordial en materia de protección de los derechos fundamentales y en lo que la doctrina es uniforme, es que una correcta construcción de un sistema de garantías debe partir de valorar tres datos importantes, eficacia de los instrumentos ordinarios existentes, estructura de las normas que regulan el derecho y la naturaleza y alcance de la violación o amenaza del derecho<sup>(217)</sup>.

---

<sup>216</sup> Bobbio Norberto. *Presente y porvenir de los derechos humanos*. Anuario de Derechos Humanos. No 1 Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid. 1981. pág 9. También dice el citado profesor que el problema que se presenta no es filosófico sino jurídico, y no se trata de saber cuantos y cuales son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, sin son naturales o históricos, absolutos o relativos sino, cual es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que a pesar de las declaraciones se sigan violando.. Fix-Zamudio, Héctor. Ob. La protección procesal...cit..pág 49. Comenta que cuando se habla de instrumentos procesales específicos o de garantías específicas, se refiere a acciones cuyo contenido tiene como fin reparar una violación de un determinado derecho fundamental. Como ejemplo cita el recurso de amparo español, el recurso preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios, el habeas corpus, etc. Sin embargo quedaría por fuera el control de la constitucionalidad de las leyes, cuyo marco no se circunscribe a los derechos fundamentales en concreto, aunque cumple un labor importante en la protección de los mismos.

<sup>217</sup> Pérez Tremps, Pablo. Ob. Protección específica...cit. pág 1777.

## 2.2.1- Clasificación de los instrumentos de protección de los derechos.

Existen muchas clasificaciones de los instrumentos de protección de los derechos fundamentales, tantas como autores hay. El profesor FIX ZAMUDIO, clasifica los instrumentos particulares de protección de los derechos, según la naturaleza misma de los instrumentos que la componen, en indirectos, complementarios y específicos<sup>(218)</sup>.

---

<sup>218</sup> Fix Zamudio, Héctor. Ob.... La protección procesal...cit.....pág 32. **a.-Los instrumentos indirectos.** Entre los remedios indirectos cabe citar al proceso ordinario y a la justicia administrativa. En primer término, los procesos ordinarios constituyen normalmente la vía procesal por medio de la cual los ciudadanos ejercitan su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, logrando de esta forma una protección efectiva contra cualquier afectación de sus derechos ordinarios. En gran cantidad de ordenamientos la tutela de los derechos fundamentales se ejercita en forma concomitante por tribunales especializados y por la jurisdicción ordinaria, en otros, la utilización de los instrumentos procesales de naturaleza constitucional requiere el previo agotamiento de los recursos ordinarios. Finalmente en otros, los procesos ordinarios sirven de presupuesto procesal para plantear las acciones de inconstitucionalidad, como ocurre en el sistema norteamericano. La justicia administrativa, por su parte, es otro medio indirecto de tutela de los derechos fundamentales, como lo enseña la práctica del Consejo de Estado francés. En otros países, incluida España, la jurisdicción contenciosa coadyuva en la función de tutela de los derechos fundamentales, pues los actos subjetivos y los normativos de las administraciones públicas pueden impugnarse ante ella, no sólo por vicios de ilegalidad, sino también de inconstitucionalidad **b.- Los instrumentos complementarios.** Los instrumentos complementarios son aquellos que se utilizan para sancionar la violación de los derechos fundamentales, cuando dicha violación está consumada y es irreversible. La primera manifestación está constituida por los procedimientos legislativos dirigidos a enjuiciar a los funcionarios de mayor jerarquía política, cuando infrinjan los límites señalados a su competencia por el derecho de la Constitución. En países como Inglaterra se mantiene la tradicional institución del impeachment, que atribuye al parlamento el enjuiciamiento político de los altos funcionarios. La segunda manifestación esta constituida por los procedimientos dirigidos a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando afecten, de manera injustificada a los derechos fundamentales de los ciudadanos. En España, el artículo 106.2 de la Constitución establece el derecho a ser indemnizado cuando se



GARCÍA MORILLO refiriéndose al derecho español, divide las garantías de los derechos en abstractas y concretas <sup>(219)</sup>.

Otro autor hace una clasificación bastante interesante. En primer lugar, partiendo del concepto amplio de garantía, dice que en la Constitución hay una muy variada existencia de instrumentos para proteger los derechos fundamentales. Estas técnicas de garantía las agrupa en tres grandes ordenes: A.- Normativas, (Reserva de ley), B.- Institucionales (Defensor del Pueblo) y C.- Jurisdiccionales. Dentro de las garantías jurisdiccionales de protección de los derechos fundamentales distingue dos en particular, a saber: En primer lugar se mencionan las garantías *generales u ordinarias*, cuyo objeto no es exclusivamente proteger derechos fundamentales, por ello aquí se incluyen todos los procedimientos jurisdiccionales, no diseñados con este fin específico. En segundo lugar las *garantías específicas* de alcance

---

le causa lesión por partes de los servicios públicos a un derecho o bien de un ciudadano **c.- Los instrumentos procesales específicos.** Los medios procesales específicos abarcan una amplia gama de recursos judiciales. Todos ellos tienen en común el tutelar los derechos fundamentales de manera directa y generalmente con efectos reparadores, dado que en esta materia no es suficiente la anulación del acto lesivo, sino que, además, se requiere la efectiva restitución del afectado en el derecho violado.

<sup>219</sup> García Morillo..Ob..La protección..cit..pág 27. Dentro de las abstractas incluye la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales, la cláusula interpretativa, la reserva de ley, la salvaguarda del contenido esencial, la rigidez de las normas constitucionales, la constitucionalidad de las leyes, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Y en las concretas la tutela judicial ordinaria, la protección específica de los derechos fundamentales, el amparo constitucional y el recurso ante el Tribunal Europeo de derechos humanos.

general, que son procedimientos diseñados para la protección de una generalidad de derechos fundamentales. Dentro de éstas hay que distinguir dos tipos, un primer que se le llama *garantías específicas de alcance general*, donde se incluyen todos aquellos procedimientos diseñados para la protección de una generalidad de derechos fundamentales, verbigracia el recurso de amparo, y un segundo que se llaman *garantías específicas particulares o especiales*, que son procedimientos creados para la protección de derechos concretos, por ejemplo el Hábeas Corpus<sup>(220)</sup>.

Para no complicar extremadamente esta exposición, utilizaremos la clasificación más sencilla, o sea garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Porque en cuanto que como dice PÉREZ TREMPs, la existencia de garantías constitucionalizadas de los derechos fundamentales no se agota, ni puede agotar todas las técnicas tendentes a cumplir este fin<sup>(221)</sup>.

---

<sup>220</sup> Pérez Tremps. Ob....Protección específica....cit...pág 1778. Oliver Araujo, Joan. Ob. El Recurso de Amparo....cit...pág 25, clasifica las garantías en previas, de procedimiento, de control y fiscalización y en jurisdiccionales. Dentro de estas últimas hace una subdivisión en niveles. En primer lugar las que se llevan a cabo ante la jurisdicción ordinaria: Procedimientos ordinarios y procedimientos especiales, como el que establece la ley 62/78 en España. En segundo lugar ante la jurisdicción constitucional, recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo. Y por último, la instancia supranacional.

<sup>221</sup> Pérez Tremps. Ob..Protección cit...pág 1768. Dice el autor que lo que si debe procurarse es que todos estos instrumentos se articulen de una forma que no colisionen con la normativa constitucional.

### 2.2.1.1- Garantías no Jurisdiccionales.

Lo que se denomina como garantías no jurisdiccionales o generales, está representada por los principios que definen el Estado y que permiten mantener y caracterizar una visión global de los derechos. El profesor MARC CARRILLO dice que no son instrumentos que puedan poner en movimiento un procedimiento jurídico determinado, sino que son un marco general de garantías que tienen como finalidad facilitar la existencia y viabilidad de otras más específicas, garantías que desembocan siempre en el Estado Democrático de Derecho<sup>(222)</sup>.

---

<sup>222</sup> Carrillo Marc. Ob...La tutela de los derechos.....cit...pág 25. Vid también en el mismo sentido Oliver Araujo. J. Ob.. El recurso cit...pág 25. Algunos autores incluyen dentro de las garantías generales a las normas penales, las cuales en cierta manera tienen como finalidad la protección de los derechos. En el caso de España, la Constitución recoge estas garantías generales en el artículo 1.1. Al margen de lo que la Constitución significa como instrumento de garantía, se destacan otros preceptos específicos, que operan en un sentido de protección indirecta como los llama Fix Zamudio, a saber, que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento, (art 9.1 CE), la exigencia de ley orgánica en el desarrollo de los derechos fundamentales, (art 81CE), la prohibición de dictar decretos-leyes que afecten a derechos y libertades reconocidos en el título primero y decretos legislativos, el tratamiento diferente que otorga el art 53 CE a las garantías de los derechos que afectan el título 1, también esta prevista la reserva de ley para los derechos reconocidos en el capítulo 1, lo mismo que para los principios rectores de la política, económica y social contemplada en el cap III. Otra protección indirecta es la reforma de la Constitución, regulado en el art 168, donde para la modificación en el apartado de los derechos fundamentales exige una mayoría calificada. El profesor Peces- Barba, refiriéndose también a la legislación española, dice que del artículo 1.1, se deben hacer una serie de formulaciones sin las que los derechos fundamentales difícilmente puedan tener efectividad alguna, entre las que cita el Estado de derecho, la separación de poderes, el principio de legalidad y gobierno de las leyes y las ideas de participación y pluralismo político. Este autor clasifica las garantías en garantías de regulación, de control y fiscalización, de interpretación, internas al derecho y las judiciales. Vid su Ob... Curso de Derechos Fundamentales cit., pág 501. Prieto Sanchís, Ob..Comentario art 53CE...cit...,pág 437, dice que es preciso recordar que la

Dentro de estas garantías<sup>(223)</sup> se distinguen:

#### **2.2.1.1.1- Garantías internas al derecho.**

##### **2.2.1.1.1.1- Reserva de Ley.**

En cuanto a la reserva de ley se debe estudiar en función a dos dimensiones, una de desarrollo y aplicación y la otra de reforma<sup>(224)</sup>. Esta última es la que se refiere a la garantía de reforma, que son los mecanismos que diseña la Constitución-que también hace la española y que depende a los derechos a que se refiera- referente a la posible reforma de las disposiciones que contienen los derechos fundamentales<sup>(225)</sup>.

---

efectividad de un sistema de libertades no depende de que se articulen procedimientos de tutela, sino que también requiere la presencia de presupuestos políticos, económicos, sociales y culturales, que serían las garantías generales.

<sup>223</sup> Peces Barba. Ob...Curso ...cit...pág 505. Éste autor dentro de las garantías no jurisdiccionales hace una subdivisión, y así distingue entre garantías de interpretación, garantías de control y fiscalización y garantías internas al derecho, clasificación que seguiremos a efectos metodológicos.

<sup>224</sup> Pérez Tremps.. Ob...Protección cit...pág 1768. Este autor incluye la reserva de ley dentro de las garantías normativas de la Constitución. Y distingue tres fases. Reserva de Ley Orgánica para los derechos fundamentales y libertades públicas (art 81.1CE) y reserva de ley para todo el capítulo segundo del título I (art 53.1CE), con las consecuencias negativas que estas reservas traen consigo, tales como la prohibición de legislación delegada (art 82.1CE) y el uso del Decreto-Ley (art 86.1CE). También incluye la reserva constitucional que supone la existencia de un contenido esencial (art 53.1CE), con los efectos de indisponibilidad para el legislador que ello conlleva. Y por último incluye la especial rigidez que posee la reforma de la Sección I, del Capítulo II del Título I de la Constitución Española, incluido en el denominado procedimiento de revisión constitucional agravado del art 168 de la C.E.

En cuanto a la primera dimensión, en el caso de España la encontramos en el artículo 53 CE, que expone la necesidad de que los derechos reconocidos en el capítulo segundo del Título primero sean regulados por ley, solamente por ley podrá regularse el régimen jurídico de estos derechos. Esta forma de garantía hace que el régimen jurídico de los derechos deba ser configurado por el Parlamento, lo que equivaldría a decir que su significado es expresión de la voluntad de los ciudadanos<sup>(226)</sup>.

---

<sup>225</sup> Carrillo, Marc. ob.cit.. pág 28. El procedimiento establecido en el art 168 de la Constitución, requiere de la aprobación de la conveniencia o necesidad de la reforma, por mayoría de los dos tercios de cada Cámara. Acto seguido se procede a la disolución de las Cámaras y se convocan elecciones generales. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional siguiendo el procedimiento legislativo ordinario. El texto deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación. Vid. También Calzada Conde, Rogelia. *La Garantía Normativa de la Rigidez: ¿Especial Protección de los Derechos Fundamentales y libertades públicas?* AA.VV. Obra colectiva Introducción a los Derechos Fundamentales. Ministerio de Justicia. Madrid. 1988. Pág 387. Comenta la autora que la CE, para la protección de los derechos fundamentales mediante el constitucionalismo rígido, utiliza dos sistemas. El primero establecido en el art 168, para los derechos fundamentales y libertades públicas, sea los arts 15 a 29, y el segundo art 167 para los restantes derechos fundamentales. Destaca la importancia de este último procedimiento por cuanto es un procedimiento perfectamente admisible y coherente y se trata de un mecanismo lo bastante agravado para impedir modificaciones fáciles al texto constitucional y a su vez fácil para llevar a cabo las reformas que en un momento dado sean necesarias. Al contrario de lo que sucede con el procedimiento establecido en el art 168, que lo considera lejos de protección reforzada en una desprotección por lo agravado y complicado. Esta desprotección la analiza en el contexto de impedir según la autora, la lógica evolución histórica de los derechos y libertades.

<sup>226</sup> Villacorta Mancebo, Luis. *Reserva de Ley y Constitución*. Editorial Dykinson. Madrid. 1994. Pág 79.

En materia de derechos fundamentales, el refrendo constitucional al legislador tiene como finalidad excluir al ejecutivo y a su producción normativa- el reglamento- de toda posibilidad de incidir sobre la regulación de estos derechos. De esta manera este principio no solamente repercute sobre la posible remisión a normas reglamentarias, sino que también acota la propia libertad de acción del legislador, en virtud de que se ve compelido a dotar a la ley de suficientes referencias normativas de orden formal y material, que permitan por una parte, conocer que la manifestación de voluntad es del legislador y por otra parte que delimitar la ulterior actuación del ejecutivo al adoptar oportunas medidas de ejecución de la referida voluntad<sup>(227)</sup>.

Las reserva de ley y de regulación remitida por la Constitución al legislador, dice HESSE, sólo autorizan la limitación de los derechos fundamentales por parte del legislador, y en virtud de ello, los poderes ejecutivo y judicial carecen de competencia para llevarlas a cabo de manera independiente<sup>(228)</sup>. Y en este caso el legislador debe determinar claramente

---

<sup>227</sup> Fernández Segado, Francisco. Ob. Teoría jurídica....cit....., pág 240.

<sup>228</sup> Villacorta Mancebo. Ob...Reserva de ley...cit..., pág 67. Dice el autor que una de las justificaciones fundamentales de la misma estriba en operar como medio de control político del gobierno, a través del correspondiente procedimiento legislativo.

los requisitos de la limitación de la forma más precisa que no quede margen alguno a la administración o al poder judicial para la discrecionalidad<sup>(229)</sup>.

En España el Tribunal Constitucional ha delimitado, a través de gran cantidad de resoluciones, toda posible limitación de los derechos fundamentales y por ejemplo en la sentencia número 83/84, dijo el Tribunal que la reserva de ley entraña una garantía esencial del Estado de Derecho, siendo su significado último el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, consecuentemente, del ejercicio por éste de la potestad reglamentaria<sup>(230)</sup>.

---

<sup>229</sup> Hesse, Konrad. Ob... Significado...cit...,pág 110

<sup>230</sup> Pulido Quecedo, Hernan. *La Constitución Española.Con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Aranzadi. 1993, pág 961. Además en otras sentencias, la 29/86, del 20 de febrero, el Tribunal ha dicho, “ que el principio de reserva de ley debe entenderse en el sentido de una ley expresa, exigencia que se vulnera con cláusulas formales deslegalizadoras que suponen la reducción del rango normativo de una materia regulada por norma legal en el momento que se dicta la ley deslegalizadora, de tal manera, que a partir de ésta y en su virtud pueda ser regulada por normas reglamentarias ” En otra sentencia la número 42/87 del 22 de febrero, dijo el Tribunal “que las llamadas reglas que prescriben conductas que constriñen o limitan la libertad de los ciudadanos, deben estar amparadas por habilitaciones legales expresas ”.

#### 2.2.1.1.1.2- Reserva de ley Orgánica<sup>(231)</sup>.

Por último, en la legislación española la resistencia jurídica que define y distingue constitucionalmente a los diferentes derechos fundamentales, tiene otro elemento en la garantía de fortaleza normativa, que supone la reserva de ley orgánica<sup>(232)</sup>.

Sobre lo anterior se debe hacer mínimamente una precisión. Que, en el caso de la legislación española, no deben ser leyes orgánicas todas las que se refieren al contenido del Título I, sino solamente las referidas a preceptos que contienen derechos y libertades, y además no basta con incidir de algún modo sino que, sólo tendrán carácter orgánico aquellas que

---

<sup>231</sup> Villacorta Mancebo. Luis. Ob..Reserva...cit...pág 81. Dice el autor que las materias reservadas a regulación mediante ley orgánica por el art 81.1CE, son materias consideradas políticamente importantes para el constituyente.

<sup>232</sup> Prieto Sanchís, Luis. Ob. Estudios....cit.. pág 176. Además agrega el autor que las leyes orgánicas aparecen descritas en función de un elemento material, es decir, que tengan por objeto la regulación de ciertas materias, y de un elemento formal o procedimental, o esa, que hayan sido aprobadas por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en una votación sobre el conjunto del proyecto. Ignacio De Otto, por otra parte sostiene que la reserva del art 81.1 de la CE, debe ser interpretada en forma restrictiva, reduciendo al mínimo su contenido para ensanchar correlativamente el espacio abierto a la ley ordinaria. Y en cuanto a los derechos fundamentales, sostiene con criterio restrictivo que esa limitación solamente se refiere a los derechos establecido en el Capítulo II, sección primera, por que si se incluye todo el capítulo se haría imposible toda la legislación ordinaria....pág 116. En igual sentido se pronuncia Rubio Llorente. Ob.. La Forma del Poder...cit...,Pág 92. Por otra parte, el profesor Fernández Segado, Ob.. Teoría Jurídica...cit...pág 241, comenta que el T.C. sostiene que al exigirse el carácter de ley orgánica a la ley reguladora del derecho, se refiere al desarrollo directo, pues al exigir el art 81.2 que la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas requiera del respaldo de la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto, convierte a las Cortes en una especie de Constituyente permanente, con los problemas que ello conlleva en cuanto al logro del necesario consenso parlamentario.



regulan de forma directa el régimen general de los derechos o, mejor dicho, cuando contribuyen a concretar la definición abstracta o genérica del derecho<sup>(233)</sup>.

En conclusión, según lo dicho, queda claro que tanto el rango de la norma aplicable, como la clase de ley a la que se encomienda el desarrollo de las libertades constitucionalmente reconocidas, constituyen una garantía de los mismos al suponer límites para la acción legislativa de los poderes públicos, que se traducen substancialmente en la exclusión del poder ejecutivo, quedando solamente el poder legislativo como el competente para establecer los posibles límites que han de rodear el ejercicio de un determinado derecho.

Y en cuanto a su aplicación, tiene plena relación con lo dicho líneas atrás del grado de vinculatoriedad de los derechos, y así por ejemplo, el artículo 9.1 C.E que afirma específicamente en cuanto a derechos fundamentales, que los derechos y libertades reconocidas en el capítulo segundo del presente título vincula a todos los poderes públicos. Esto implica que los jueces pueden aplicar de modo directo la Constitución y que los ciudadanos pueden obtener la tutela judicial de estos derechos, aunque no hayan sido objeto de regulación por ley, al menos los Cap 1, título II.

---

<sup>233</sup> Villacorta Mancebo, Luis. Ob.. Reserva....cit..pág 96. Vid sobre el mismo tema De Otto, Ignacio. Ob...Sistema de Fuentes....cit.. pág 117.

### 2.2.1.1.1.3- El contenido esencial.

Cuando se habla de garantías internas al derecho, se alude al contenido esencial. Ésta es una garantía que se proyecta sobre las otras garantías, tanto en las de regulación como también de interpretación. El contenido esencial denominado como el límite de los límites, es algo interno a cada derecho y se constituye por ello en su garantía interna<sup>(234)</sup>.

El respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, no es el único límite que tienen estos derechos, sin embargo es el límite de los límites, dice el profesor LATORRE SEGURA, es el núcleo inviolable del derecho fundamental<sup>(235)</sup>.

El concepto de contenido esencial de los derechos y libertades públicas es un concepto jurídico indeterminado y su determinación no es nada sencilla, ni para la doctrina, ni tampoco para los intérpretes supremos

---

<sup>234</sup> Peces-Barba, Gregorio. Ob...Curso.....cit...pág 512.

<sup>235</sup> Latorre Segura, Ángel. *Diez Años de Jurisprudencia Constitucional. De los Derechos fundamentales y Libertades Públicas*. En Tribunal Constitucional. I.E.F. Madrid. 1981. Pág 2097. El artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, es el que regula el contenido esencial de los derechos fundamentales, y sobre el cual se han inspirado todas las constituciones modernas. De Otto Pardo/ Martín Retortillo. Ob. Derechos Fundamentales. Regulación....cit.. págs 95. Vid también Martínez-Pujalte, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. C.E.C. Cuadernos y Debates No. 65. Madrid. 1997. Pág 19.

de la Constitución<sup>(236)</sup>, por cuanto cada derecho encierra su propio núcleo de esencialidad<sup>(237)</sup>.

En consecuencia, lo que pretende la cláusula del contenido esencial es reforzar la garantía de los derechos fundamentales, haciendo más rigurosa la vinculación del legislador a la Constitución cuando en el ejercicio de su actividad desarrolle el capítulo II del Título 1 en el caso de la C.E.<sup>(238)</sup>.

---

<sup>236</sup> Rubio Llorente, Francisco. Ob..La Forma del Poder .cit.. pág 92. Sin embargo en una posición totalmente diferente se pronuncia Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Editorial Comares. Granada. 1996. Pág 173, quién sostiene que puede concretarse bastante el contenido esencial. Debe trabajarse en esa línea porque cómo va la ley a respetar el contenido esencial si no sabe lo que es, se pregunta la autora, incluso llega a más, diciendo, que acaso se puede respetar intencionadamente lo que se desconoce, por lo tanto si no se determina sería grave que la norma constitucional estableciese la reserva legal sometida al respeto del contenido esencial sin que exista la posibilidad de respetarlo porque se desconoce su contenido. Peces-Barba. Ob..Curso cit....597, dice que el significado de lo que es el contenido esencial de cada derecho debe hacerse desde el sistema jurídico empleando los materiales que el ordenamiento proporciona para ello, sin embargo no enumera los materiales que nos proporciona el ordenamiento.

<sup>237</sup> Lorenzo Rodríguez-Armas, M. Ob.. El contenido....cit., pág 235. Define la autora el contenido esencial como..." La expresión jurídico-positivizada del valor intrínseco de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución-en este caso la CE- resultado de la conjunción entre el valor de la dignidad humana y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares ”.

<sup>238</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. R.E.D.C. No3.1981. Pág169,destaca que esta garantía presenta dos aspectos, uno negativo, de prohibición y limitación al legislador ordinario, y otro positivo, de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos.

El profesor PRIETO SANCHÍS, analizando la sentencia dictada en España por el T.C. 8 de abril de 1981, dice que el Tribunal optó por dos caminos; en primer lugar por la naturaleza jurídica o sea al modo de configurarlo o concebirlo, en cuyo caso el contenido esencial se compone de aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo descrito y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por así decirlo. Un segundo camino atendiendo a la búsqueda de los intereses jurídicamente protegidos. En cuyo caso, dice el profesor, se puede hablar de una esencialidad del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten reales, concretos y efectivamente protegidos<sup>(239)</sup>.

---

<sup>239</sup> Prieto Sanchís, Luis. ob..Estudios...cit..., pág 143. Además agrega el profesor que, como conclusión de dicha sentencia, se extraen cuatro puntos; uno que el contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible; segundo, que para la determinación del contenido esencial hay que acudir, no sólo a la Constitución, sino también a los conceptos jurídicos tradicionales; tercero, que se trata de un concepto de valor absoluto y no relativo y por último, se puede extraer de dicha sentencia que existe un contenido esencial propio y diferenciado de cada uno de los derechos fundamentales, ya se atienda a la naturaleza jurídica, ya se atienda a los intereses protegidos. Por otra parte y sobre este mismo punto Magdalena Lorenzo. Ob...Análisis..cit..pág 208, critica las vías seleccionadas por el Tribunal Constitucional, dudando en cuanto a la primera como viable para la determinación del contenido esencial, porque lo que el legislador regula en el tema de los derechos fundamentales es lo relativo a su ejercicio y no lo referente al contenido esencial propiamente dicho. Por lo tanto, concluye que, si esta vía se basa en que la doctrina determine si el legislador, legislando sobre un determinado derecho se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo, no tiene sentido porque el legislador no describe el derecho, no define su contenido ya que cumple su cometido perfeccionando la enunciación constitucional de ese derecho en lo que al

En conclusión, dice GAVARA DE CARA la garantía del contenido esencial no se determina de un modo que sea aplicable de forma general a todos los derechos fundamentales, sino de un modo individualizado que es aplicado de manera singular a cada derecho fundamental según el carácter de éste <sup>(240)</sup>.

Por último dentro de las garantías no jurisdiccionales la doctrina destaca otras como el control parlamentario de las libertades públicas, el derecho de petición y el derecho de resistencia a la opresión <sup>(241)</sup>.

#### **2.2.1.1.2- Garantías de control y fiscalización.**

Son aquellos instrumentos parlamentarios encaminados a supervisar la incidencia que, en la esfera de los derechos fundamentales y las libertades públicas, tiene la actividad de los entes administrativos. Entre estos instrumentos se encuentra la figura del defensor del Pueblo y las

---

ejercicio del mismo se refiere. Luego cuando el Tribunal “equipara el contencial”- dice la autora- “con las facultades o posibilidades de actuación para que el derecho sea reconocible al tipo descrito”, no es correcto, porque está hablando de las posibilidades de ejercicio, mientras que cuando se habla del contenido esencial la cuestión va al fondo del derecho. Por último, en cuanto a la segunda vía de aproximación hacia la búsqueda de los intereses jurídicamente protegidos, habla de una esencialidad del contenido, para que el interés jurídicamente protegible que da vida al derecho, resulte, real, concreta, y definitivamente protegido esto es un error por que se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impotente.

<sup>240</sup> Gavara de Cara, Juan Carlos. Ob... Derechos Fundamentales y Desarrollo...cit....,pág 335.

<sup>241</sup> Calzada Conde. R. Ob..La Garantía ....cit...pág 389.

comisiones de investigación del Parlamento<sup>(242)</sup>. El defensor del Pueblo es un comisionado de las Cortes Generales convertido en una magistratura de opinión, que se ve reforzada por la legitimación que le concede en el caso de España, para plantear recursos de inconstitucionalidad y de amparo.

#### **2.2.1.1.3- Garantías de interpretación.**

Son los distintos mecanismos presentes en las legislaciones destinados a garantizar que la interpretación se haga para favorecer el ejercicio y disfrute de los derechos. Dentro de estas garantías se pueden establecer dos proyecciones. Una primera, la garantía de interpretación desde los derechos, que se refiere a la proyección de estos en las restantes normas. Esto quiere decir que, la interpretación de todas las normas dentro de un ordenamiento deberá hacerse en conformidad con los derechos fundamentales, es decir, como ha dicho el Tribunal Constitucional en la sentencia 69/84,.. “en el sentido más favorable para su efectividad”. Un ejemplo de esta proyección es el principio favor libertatis. La segunda proyección es la garantía de interpretación de los derechos, que es directa y afecta a la interpretación de los derechos conforme a los criterios que se encuentran regulados en el ordenamiento de cada Estado.

---

<sup>242</sup> Oliver Araujo. J. ob...cit...pág 26. En cuanto a la figura del Defensor del Pueblo, en España, aparece regulada en el art 54 de la Constitución. Norma que establece “que una ley orgánica regulará la Institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, y podrá supervisar la actividad de la Administración, informando a las Cortes Generales”. También esta habilitado para la interposición de recursos de inconstitucionalidad y Amparo.

### 2.2.1.2.- Garantías Jurisdiccionales.

Son aquellas que se han configurado para otorgar una protección rápida y eficaz a los derechos fundamentales, de una manera directa y efectos reparadores, ya que no es suficiente la sanción, sino también la restitución al afectado en el goce de sus derechos<sup>(243)</sup>. El control por el juez de las posibles violaciones a los derechos fundamentales es sin duda la garantía por autonomía, en él está depositada por la Constitución la confianza en el resguardo de la libertad<sup>(244)</sup>. Son las más eficaces a la hora de proteger los derechos.

Antes de continuar, es importante mencionar que el control jurisdiccional es la espina dorsal de la protección de los derechos fundamentales, ya que el sistema de protección de los derechos fundamentales precisa, para ser eficaz, de órganos imparciales,

---

<sup>243</sup> Ballaguer Callejón, María Luisa. *La protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*. AA.VV. Obra colectiva Introducción a los Derechos Fundamentales. Ministerio de Justicia. Madrid. 1988. Pág 1369. Fix-Zamudio, Héctor. Ob. La Protección Procesal..cit..pág 34. Este autor dice que en este sector se incluyen los instrumentos que cumplen esta función de tutela directa de los derechos humanos, como por ejemplo el hábeas corpus, el recurso de amparo, el control de constitucionalidad de las leyes, cuando afectan los derechos subjetivos públicos de los reclamantes, algunos medios específicos del derecho europeo, a saber la Verfassungsbeschwerde del derecho alemán, el recurso de amparo español, la transformación de recursos tradicionales angloamericanos en medios específicos, como ha ocurrido en la India etc.

<sup>244</sup> Gómez-Reino y Carnota, Enrique. *Las libertades públicas en la Constitución*. Obra Colectiva coordinada por Tomás Ramón Fernández. Lecturas sobre la Constitución Española. Madrid. 1978, pág 58.

independientes, con poder coercitivo y capacitados para aplicar los derechos fundamentales de conformidad con su contenido constitucionalmente reconocido. Y tales órganos no son otros que los Poder Judicial Ordinario<sup>(245)</sup>.

Las garantías de los derechos fundamentales son principalmente de carácter jurisdiccional y entre los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales ocupan un lugar importante, por lo que muchas veces se ha identificado la tutela de los derechos fundamentales con los medios de su protección<sup>(246)</sup>.

La doctrina suele hacer muchas clasificaciones de las garantías jurisdiccionales, sin embargo, a efectos enunciativos y de mantener una secuencia en el epígrafe, trabajaremos con la clasificación que se hace entre garantías ordinarias y constitucionales. Entre las primeras, destaca por ejemplo el amparo judicial ordinario de la legislación española, y las segundas son las efectuadas por el Tribunal Constitucional y se dividen en el

---

<sup>245</sup> García Morillo. Ob... La protección cit..pág 52. Dice el autor refiriéndose a la legislación española que los órganos jurisdiccionales ordinarios son, por lo tanto, los verdaderos protagonistas del sistema de protección de los derechos fundamentales, porque sobre ellos descansa el funcionamiento del sistema, en la medida en que los principales instrumentos del mismo son las garantías que especifica que articula y, entre estas la de las acciones susceptibles de ser ejercitadas ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

<sup>246</sup> Pérez Luño, Antonio. Ob. Los Derechos ...cit.. pág 80. Oliver Araujo. Ob.. El recurso...cit..pág 26, ...define las garantías jurisdiccionales como aquellas que se articulan a través de un proceso riguroso resuelto por un órgano independiente.



control de constitucionalidad (recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad) y el amparo constitucional.

#### **2.2.1.2.1- El derecho a la jurisdicción y a los órganos judiciales.**

Parte de la doctrina, define el derecho a la jurisdicción como un derecho de carácter instrumental que permite la defensa jurídica de todos los derechos, a través de un proceso garantizado y decidido por un órgano jurisdiccional. Es el derecho a exigir la prestación jurisdiccional en un proceso, mediante las alegaciones y pruebas pertinentes, según las pretensiones deducidas para la aplicación coercitiva e imparcial de la ley al caso concreto<sup>(247)</sup>.

De lo que no hay duda alguna, es que el derecho a la jurisdicción es un derecho fundamental y un requisito esencial para que exista una protección judicial de los derechos fundamentales, ya que implica con carácter general la posibilidad de pretender ante los Tribunales<sup>(248)</sup>. PECES-BARBA dice que, en relación con los derechos fundamentales, el derecho a la

---

<sup>247</sup> Almagro Nosete, José. *Art 24 de la Constitución Española*. En comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978. T. III, arts 24 a 78. Edersa. Madrid. 1984. Pág 24. Además encasilla el derecho a la jurisdicción como un derecho subjetivo de naturaleza pública, por cuanto siempre el sujeto obligado será el Estado por medio de los órganos jurisdiccionales.

<sup>248</sup> Blanco Ande, Joaquín. *Garantía de los Derechos Fundamentales y Estado de Derecho*. AA.VV. Obra colectiva Introducción a los derechos fundamentales. Ministerio de Justicia. Madrid. 1988 Pág 143.

jurisdicción implica el reconocimiento del derecho fundamental por el ordenamiento jurídico, la potestad de iniciar el proceso, pretendiendo la defensa del derecho fundamental que se trate, un procedimiento que organice procesalmente el derecho a la jurisdicción, en todas su fases probatorias y alegatorias y por último una resolución que dirima el conflicto, estableciendo si ésta es o no fundada <sup>(249)</sup>.

Dentro de este mismo orden de ideas, se debe puntualizar, que el derecho a la jurisdicción tiene una serie de alcances que se convierten en garantías procesales, las cuales es preciso mencionar<sup>(250)</sup>. En primer lugar, la gratuidad de la justicia cuando se disponga expresamente, segundo la publicidad de las actuaciones judiciales, cuya finalidad, según el T.C. Español es por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales.(STC 96/87 del día 10 de Junio). Tercero, un procedimiento predominantemente oral, hecho que se resalta en la legislación española, en el artículo 229 de la L.O.P.J. Cuarto, la motivación de las sentencias y por último que las sentencia sean dictadas en Audiencia Pública, esto quiere

---

<sup>249</sup> Peces-Barba...Ob Curso...cit.. pág 514. La legislación española reconoce el derecho a la jurisdicción en el art 24, artículo que reconoce y eleva a la categoría de derecho fundamental la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de las personas, esta fórmula establece el derecho a la protección de los derechos, trata también de evitar la indefensión como toda posible vía que conduzca a una denegación de justicia.

<sup>250</sup> Picó I Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Prólogo de Manuel Serra Domínguez. J.M.Bosch. Editor. Barcelona. 1997. Pág 17.

decir que las razones que fundamentan la decisión se expongan públicamente, en palabras del profesor ANGEL LATORRE, que el derecho se racionalice<sup>(251)</sup>. Sin embargo, en la protección de los derechos fundamentales, estos alcances, como les hemos llamado, están conectados a otra serie de principios que caracterizan al órgano jurisdiccional y definen la labor de los jueces, como son los principios de independencia, el sometimiento al derecho, la inmovilidad y la responsabilidad de los jueces<sup>(252)</sup>.

El acceso a la tutela judicial está abierto a todos a través de las vías procesales comunes que las leyes han establecido. Esta garantía se extiende a todos los órdenes jurisdiccionales y a toda clase de juicios, no teniendo importancia el causante de la lesión y en su campo de acción quedan comprendidos, todos los derechos constitucionales reconocidos independientemente que sean o no fundamentales<sup>(253)</sup>.

---

<sup>251</sup> Latorre Segura, Ángel. *Diez años de jurisprudencia constitucional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*. AA.VV. Obra colectiva. Introducción a los Derechos Fundamentales. Ministerio de Justicia. Madrid. 1988. Pág 2099.

<sup>252</sup> Borrajo Iniesta/ Díez-Picazo Giménez/ Fernández Farreres. *El derecho a la tutela judicial y el Recurso de Amparo*. BBV-Civitas. 1995. Pág 119.

<sup>253</sup> Figueruelo Burrieza, Angela. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Tecnos. Madrid. 1990. Pág 81.

#### **2.2.1.2.2- El control de la constitucionalidad de las leyes.**

La Constitución enuncia el principio de vinculación a los poderes públicos, pero a su vez, pone el mecanismo adecuado para hacerlo operante, introduciendo el control judicial de la Constitucionalidad de las leyes<sup>(254)</sup>. Esta garantía tiene plena relación con la forma de regular, desarrollar y aplicar los derechos por parte de Poder Legislativo, nace cuando los derechos ya han sido regulados.

En los tiempos modernos, la justicia constitucional se ha convertido en el método más generalizado de garantizar la virtualidad de la Constitución. Está configurada como un mecanismo reparador, que actúa básicamente a posteriori y siempre a instancia de impulsos exteriores a los Tribunales Constitucionales<sup>(255)</sup>.

La Justicia Constitucional presenta un doble aspecto, por un lado, se trata de una garantía del Derecho objetivo y por otro, también supone una garantía de los derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, se debe aclarar que ambas son caras diferentes de una misma moneda, porque la tutela del derecho objetivo revierte la protección de los derechos humanos y a la vez el respeto y resguardo de éstos realiza el Derecho objetivo. Esto

---

<sup>254</sup> Gómez-Reino, Carnota. Ob..Las libertades cit....., pág 60.

<sup>255</sup> Aguiar de Luque. Ob...Las garantías....cit...pág 125.

nos lleva a la conclusión de que ambos fines informan los diferentes instrumentos de la justicia constitucional<sup>(256)</sup>.

Dentro de los instrumentos de la Justicia Constitucional existen unos especializados, por decirlo de alguna manera, que se dirigen de modo preferente a la realización del derecho objetivo, mientras que otros se encaminan a la protección de los derechos fundamentales. El examen de la constitucionalidad se sitúa, en principio, entre los primeros, sin embargo esto no impide que por ejemplo en algunos ordenamientos que no existe un instrumento específico para la protección de los derechos fundamentales, desempeñe las dos funciones.

En España dice ARAGÓN REYES, que la garantía de los derechos fundamentales, se realiza a través de la doble vía del control de la constitucionalidad y del recurso de amparo<sup>(257)</sup>. A manera solamente

---

<sup>256</sup> Lucas Murillo de la Cueva, P. Ob... La Constitucionalidad de las Leyes...cit...pág 205. García de Enterría, Eduardo. Ob El Tribunal Constitucional..cit... pág 126, recuerda que existen dos modelos de control de constitucionalidad dos modelos de control ampliamente conocidos, uno de ellos donde le atribuye la competencia a un órgano de naturaleza política, y el otro por un órgano judicial, el cual a su vez puede ser de dos tipos según sea el órgano judicial, difusa o concentrada. Además dice que el control por un órgano judicial el primer ejemplo es la sentencia de 1803 del Juez Marshall en el famoso caso Marbury vs Madison, donde por primer vez se anulo una ley federal, partiendo de la observación elemental que cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución la alternativa es simple, si se aplica la ley se inaplica la Constitución, y si se aplica la Constitución se inaplica la ley, optando el juez por la segunda solución, solución que quedaría como un principio capital y se da el inicio del desarrollo de la Judicial review.....en otras palabras supuso el reconocimiento del papel de los jueces en el control de la constitucionalidad de las leyes.

<sup>257</sup> Aragón Reyes, Manuel. Ob.. El control de la Constitucionalidad...cit..., pág 174.

introductoria pues posteriormente volveremos sobre ello, dentro del control de la constitucionalidad de las leyes se distingue el Recurso de Inconstitucionalidad y la Cuestión de Inconstitucionalidad. Y en el Recurso de Amparo la legislación española articula dos procedimientos, uno ante los tribunales ordinarios y que se le conoce con el nombre de Amparo Judicial<sup>(258)</sup> y otro que se ejercita ante el Tribunal Constitucional y se le conoce con el nombre de Amparo Constitucional.

### **2.3- Los instrumentos de tutela en el Derecho Comparado.-**

La regulación de los instrumentos jurídicos dirigidos hacia la protección de los derechos fundamentales se ha vuelto muy compleja en los ordenamientos contemporáneos, en los cuales se consagran varios de estos instrumentos que, en su conjunto, pretenden tutelar de manera eficaz los citados derechos.

Veamos algunos de ellos.-

**2.3.1- Los Writs anglosajones.** En primer término, están los writs de los anglosajones. El **hábeas corpus**, que protege la libertad y la seguridad personales. El **mandamus**, que está dirigido a una autoridad para que realice determinado acto al cual esta obligado legalmente. El **de prohibition**

---

<sup>258</sup> García Morillo, Joaquín. *El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1985. Pág 38.

que es utilizado como instrumento de corrección de actuaciones judiciales para impedir que órganos judiciales inferiores actúen fuera de su competencia. El **de Warrant** es una especie de acción popular intentada en nombre del interés colectivo, para salvaguardia pública contra los abusos e ilegalidades cometidas en ejercicio de funciones públicas. El **de error**, tiende a la revisión de cualquier acto de autoridad judicial por motivos de inconstitucionalidad. Y el **de injuction** que tiene por objeto impedir o asegurar que se practique o ejecute determinado acto en perjuicio del titular de un derecho subjetivo, a fin de impedir que se le cause un daño irreparable<sup>(259)</sup>.

**2.3.2-El referé francés.** En el Derecho Francés encontramos el **referé**, el cual se encuentra regulado en su Código de Procedimiento Civil, y tiene como finalidad permitir al juez judicial adoptar decisiones, órdenes o prohibiciones en casos de urgencia para la protección de los derechos fundamentales, especialmente los relativos a la protección del honor y a la propia imagen.

**2.3.3-El procedimiento de urgencia italiano.** En Italia por su parte, también en el Código de Procedimiento Civil, se encuentra regulado el instituto del procedimiento de urgencia, mediante el cual el juez puede ordenar las providencias que, según las circunstancias parezcan más

---

<sup>259</sup> Fix Zamudio, H. Ob...La Protección Procesal....cit..., pág 24.

idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.

**2.3.4-El recurso constitucional alemán.** En Alemania y, Austria, existe el Recurso Constitucional o **Verfassungsbeschwerde**, mediante el cual se tutelan los derechos fundamentales expresamente señalados en el texto constitucional frente a lesiones causadas por el Poder Público, el cual se presenta ante el Tribunal Constitucional Federal, luego de haberse agotado todos los recursos judiciales ordinarios.

**2.3.5-Las modalidades Iberoamericanas.** En Iberoamérica, el instrumento del Hábeas Corpus o de exhibición personal, ha sido desarrollado como el instrumento para la tutela de los derechos de libertad e integridad personales afectados por detenciones de carácter administrativo y de manera excepcional también respecto de la privación de la libertad ordenada por la autoridad judicial<sup>(260)</sup>.

En cuanto al recurso de amparo, con diferentes matices de lo que se caracterizan al amparo mexicano, se encuentra regulado en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos, como un instrumento para proteger los restantes derechos fundamentales, excluyendo la libertad protección de la libertad personal protegida por el Hábeas Corpus. El mayoría de los

---

<sup>260</sup> García Belaunde, Domingo. *El Hábeas Corpus en Latinoamérica*. R.E.P. Julio/Sep 1997. Pág110



ordenamientos el reconocimiento de este instrumento es a nivel constitucional, al igual que el Hábeas Corpus.

Sin embargo, al lado del recurso de amparo en algunos ordenamientos se han instaurado otros instrumentos con funciones similares de protección de los derechos fundamentales, estos son: El recurso de protección en Chile, La Acción de tutela en Colombia, el Amparo Venezolano y los Institutos Brasileños.

**2.3.5.1.- El Amparo Mexicano.** Aunque es el mayor aporte de los mexicanos al derecho procesal constitucional, en este país es un instituto que presenta una variedad de funciones. Su primera manifestación es el denominado amparo de la libertad, el que se utiliza como un medio judicial de protección de los derechos constitucionales. Una segunda modalidad es el amparo judicial. Se utiliza para alegar aplicación indebida de la ley por parte del juez. La tercera modalidad es el amparo administrativo, mediante el cual se desarrollan los recursos contencioso-administrativos contra los actos administrativos violatorios de la Constitución o las leyes. El cuarto aspecto es el denominado amparo social agrario, establecido para tutelar específicamente los derechos individuales y colectivos de los campesinos, sujetos al régimen de la reforma agraria, particularmente referidos a la propiedad rural. Finalmente, el último aspecto lo constituye el amparo contra leyes, el cual se utiliza para impugnar, por vía de acción, las leyes que violan la Constitución sin necesidad de que exista previamente un acto

administrativo o judicial de aplicación, razón por la que procede también contra leyes autoaplicativas<sup>(261)</sup>.

**2.3.5.2-El Sistema Colombiano.** Contempla la acción de tutela como un medio para la protección de los Derechos Fundamentales. Sin embargo, la misma constitución autoriza a que la ley establezca otros medios diferentes y complementarios de tutela, de manera tal, que la acción de tutela sólo procede cuando no existan otros recursos o remedios de defensa judiciales que protejan también los derechos fundamentales. Sin embargo se autoriza la acción de tutela, aún existiendo otros remedios procesales, como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable<sup>(262)</sup>. El procedimiento que se sigue es preferente y sumario, estando legitimado cualquier persona que sienta amenazados o vulnerados su derechos por la acción y omisión de cualquier autoridad pública.

**2.3.5.3-El recurso de Protección Chileno.** Éste tutela ciertos derechos constitucionales. El citado recurso puede intentarse ante las cortes de apelaciones, las cuales están legalmente autorizadas para adoptar de

---

<sup>261</sup> Fix Zamudio, Héctor. *El Derecho de Amparo en México y España su influencia recíproca.* R.D.P. No 7. 1979. Pág 235.

<sup>262</sup> Rey Cantor, Ernesto. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Controles de Constitucionalidad y legalidad.* Universidad de Cali. Cali. 1994. Pág 53. Restrepo Piedrahita, Carlos. *La Jurisdicción Constitucional en Colombia.* Obra Colectiva Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Dykinson Madrid. 1997. Pág 206. Charry Urueña, José Manuel. *Derecho Comparado y Colombiano.* Banco de la República. Bogotá. 1993. Pág 95.

inmediato las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Este recurso de protección procede contra los actos u omisiones arbitrarios o ilegales que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de algunos de los derechos constitucionales; reservándose, sin embargo, la acción de amparo en los casos de que un individuo se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes<sup>(263)</sup>.

**2.3.5.4.-Amparo Venezolano.** En este país tiene una connotación diferente, en la cual se configura como un derecho a ser amparado. Este derecho a ser amparado se materializa a través de diversas acciones y recursos judiciales, incluso por medio de una acción autónoma de amparo, la cual se puede ejercer ante cualquier tribunal de primera instancia con competencia afín al Derecho Constitucional violado, pero que en caso de no existir tal tribunal en la localidad respectiva, puede ejercerse ante cualquier juzgado o tribunal, sea cual sea su jerarquía. Este recurso protege los derechos constitucionales y aquellos otros que sean inherentes a la persona humana, frente a cualquier perturbación, ya sea proveniente de los órganos públicos como de los particulares. No exige dicha acción el agotamiento de la vías administrativas<sup>(264)</sup>. Se configura como una acción, un remedio

---

<sup>263</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. *La Jurisdicción Constitucional en Chile*. AA.VV. Obra Colectiva Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica. García Belaunde/Fernández Segado. Coordinadores. Dickinson. Madrid. 1997. Pág 565.

específico para la tutela de los derechos, mediante el cual se hace valer una pretensión que se deduce contra un sujeto, ya sea público o privado puesto que no existe una continuidad orgánica entre el acto reclamado y la acción de amparo, sino que con ésta última se pretende evitar que dicho acto lesione o pueda lesionar un derecho.

**2.3.5.5-Los institutos de tutela brasileños.** En primer lugar aparece **el mandato de Segurança**, que es un recurso de protección específica de los derechos constitucionales, con excepción de la libertad personal, la cual se encuentra tutelada por el hábeas corpus. Este mandato procede contra las autoridades públicas o un agente de una persona jurídica en ejercicio de atribuciones del Poder Público. Este recurso puede intentarse ante cualquier tribunal según su competencia, sin embargo no es admisible cuando existan otros recursos administrativos o judiciales que pueden amparar el derecho vulnerado. En la Constitución de 1988, se introdujo el mandato de segurança colectivo, el cual puede ser ejercido por los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, o por organizaciones sindicales, entidades de clases o asociaciones legalmente constituidas, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados. El **mandato de Injunção** es para la protección de los derechos fundamentales y se otorga siempre que, por falta de norma reglamentaria, se torne difícil o imposible el ejercicio de tales derechos, así como de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a

---

<sup>264</sup> Goig Martínez, Juan Carlos. *El recurso de Amparo en Venezuela*. R.D.P. No 41,1996, pág 441.

la soberanía del pueblo o a la ciudadanía. La esencia de éste recurso es que, de acogerse la respectiva sentencia estimatoria, se limita a ordenar a que se conceda el derecho consagrado en la Constitución y cuya falta de reglamentación lo hace inviable<sup>(265)</sup>. Por último, **el habeas data**, tiene como finalidad garantizar tres aspectos, el derecho de acceso a los registros oficiales, el derecho de rectificación de los mismos, y el derecho de corrección de tales registros, informatizados o no<sup>(266)</sup>.

## **2.4- La Protección Internacional de los Derechos.**

La protección de los derechos en el ámbito internacional no tiene órganos efectivos que configuren los hechos originarios de las violaciones o de órganos centralizados que apliquen las sanciones, quizás sea en este último aspecto donde el sistema es más frágil, ya que la ejecución de una posible sanción siempre corresponde a los Estados con la vigilancia de algún órgano internacional. A esto hay que agregar los problemas de derecho

---

<sup>265</sup> Fix Zamudio, Héctor. *Garantías de los Derechos: Control Judicial, Amparo. Ombudsman*. Obra Colectiva El Derecho Público de finales de Siglo. BBV-Civitas. Madrid. 1997, pág 608.

<sup>266</sup> Sabo Paes. José Eduardo. *Control de la Constitucionalidad en Brasil. Conferencia dada en curso de Interpretación Constitucional*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1996.

internacional que se presentan, sobre todo en lo referente a la soberanía de los Estados y el puesto del individuo en el Derecho Internacional <sup>(267)</sup>.

#### **2.4.1- Garantías Universales.**

En el ámbito internacional se distinguen garantías universales y garantías regionales. Las primeras están compuestas esencialmente por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Ésta representa el acuerdo práctico de todos los hombres sobre los derechos fundamentales, y está reconocida en muchas legislaciones, verbigracia la española (art 10 de la CE) como un instrumento esencial en la interpretación de los mismos.

Dentro de la Organización de las Naciones Unidas existe una serie de órganos que tienen como misión principal la protección de los derechos fundamentales, tales como División de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. También hay que mencionar en el campo de las garantías internacionales al Pacto Internacional de Derechos Civiles y

---

<sup>267</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Editorial Tecnos. Madrid. 1995. Pág 36. También Peces-Barba, Ob.. Curso.cit...pág 547

Políticos y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales<sup>(268)</sup>.

En cuanto al control de los derechos fundamentales, los pactos establecen un sistema que consta de dos proyecciones, una de información y otra de denuncia. La primera es común a los dos pactos y surge de la obligación de los Estados de transmitir informes sobre el cumplimiento en su ordenamiento de las obligaciones establecidas en aquellos. Estos informes, una vez enviados por los Estados, son estudiados por el Comité de Derechos Humanos cuando su contenido afecte al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o cuando afecte al segundo pacto por el Consejo Económico Social. En último término el valor de este mecanismo es puramente de control político, pues ejercer una presión de ese tipo para que no se transgredan<sup>(269)</sup>.

La segunda forma de control es por la vía de reclamación, y se puede dar únicamente en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y se distinguen dos clases. La primera son las denuncias

---

<sup>268</sup> Villán Duran, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Instituto Internacional de Derechos Humanos. Strasbourg France. 26 sesión de estudio. 3-28 de Julio de 1995. IX Edición. Pág 225.

<sup>269</sup> De la Morenilla Rodríguez, José. *Los Sistemas para la protección internacional de los derechos humanos*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1986. Pág 22. Vid también del mismo autor *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ámbito, Órganos y Procedimientos*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1985.

interestatales, que son entre los Estados-Partes ante el Comité de Derechos Humanos, competencia que tiene que estar reconocida por el Estado denunciado. La otra forma son las denuncias de los individuos de los Estados-Partes contra estos, ante el Comité de Derechos Humanos. Para que esto suceda el Estado tiene que haber reconocido el protocolo facultativo. Este mecanismo está sujeto a una serie de requisitos entre los que se distinguen la necesidad de agotar los recursos internos del Estado, así como también, no haber sometido el asunto a otro examen o arreglo de tipo Internacional.

#### **2.4.2- Garantías Regionales.**

Dentro de las garantías regionales, se distinguen dos instrumentos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

##### **2.4.2.1- Consejo de Europa.**

Las garantías del Consejo de Europa las establece el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, el cual instituye una Comisión Europea de Derechos Humanos y un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que son los órganos esenciales del Consejo en la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo también existen



otros órganos de carácter político que son: el Consejo de Ministros y la Asamblea Consultiva y el Secretariado General del Consejo de Europa<sup>(270)</sup>.

#### **2.4.2.1.1- Comisión Europea de Derechos Humanos.**

En lo referente al procedimiento, hay que decir que es ante la Comisión, donde se presentan las reclamaciones por presuntas violaciones de los derechos fundamentales que reconozcan tanto el Convenio, como en sus protocolos. Tiene competencia para conocer demandas presentadas por los Estados que han ratificado el Convenio, personas físicas, organizaciones no gubernamentales y grupo de particulares. De las demandas que se presenten ante el Secretario General del Consejo, serán enviada una copia a los Estados y se procederá a su publicación<sup>(271)</sup>.

La Comisión, de acuerdo con lo establecido en el Convenio, tiene tres funciones bien definidas, la judicial, que versa sobre la admisibilidad de la demanda a través de los procedimientos establecidos por el mismo convenio; una segunda de conciliación, en la cual propone arreglos

---

<sup>270</sup> Carrillo Salcedo. Juan. Ob. Soberanía...cit... pág 47. Es interesante apuntar que los pactos entraron en vigor en España en el día 27 de Julio de 1976, y los mismos deben ser analizados junto al protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entro en vigor el día 25 de abril de 1985.

<sup>271</sup> De la Morenilla, J. Ob..El Convenio Europeo.....cit....,pág 47. Vid Carrillo Salcedo, Juan. *El sistema jurisdiccional europeo de protección de los Derechos Fundamentales. La Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* P.I. No VI especial, 1986, pág 255.

satisfactorios que inspiren el respeto de los derechos fundamentales; una tercera función de instrucción, en virtud de que, de no haber ningún arreglo posible, redactará un informe que abre paso a la solución del conflicto planteado, ya en vía judicial ante el Tribunal Europeo o en vía política ante el Consejo de Ministros<sup>(272)</sup>.

#### **2.4.2.1.2- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conoce solamente los casos que han sido planteados con anterioridad ante la Comisión, siempre y cuando hayan sido admitidos por ésta o hayan sido planteados por un Estado implicado. El Estado podrá someter el asunto a conocimiento del Tribunal, cuando la víctima sea nacional suyo, cuando haya actuado como demandante iniciando el asunto ante la Comisión y cuando sea el demandado. El individuo no puede provocar el conocimiento del Tribunal, ni tampoco ser parte en un proceso<sup>(273)</sup>.

En cuanto al procedimiento ante el Tribunal, en forma somera, se puede decir que en una primera fase preliminar, donde una vez recibida la demanda, ya provenga del Estado o de la Comisión, se entregan las copias

---

<sup>272</sup> Nikken, Pedro. *La protección Internacional de los Derechos Humanos*. Su desarrollo progresivo. Civitas. Madrid. 1987. Pág 40

<sup>273</sup> Eissen, Marc-André. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Traducción de Javier García de Enterría L. Velásquez. Civitas. Madrid. 1985. Pág 17.

a los jueces y a todo Estado interesado, asimismo, se informa a la Comité de Ministros, se invita a los Estados interesados a comparecer y se procede a revisar la legitimación de las partes. En una segunda fase oral y escrita se presentan los informes y memorias respectivas una vez abierto el procedimiento y luego se revisa el expediente en presencia de todas las partes, en una especie de vista oral. Por último, para concluir el procedimiento se dicta una sentencia que es definitiva y vinculante que puede ser revisada o interpretada, ya sea por la presencia de hechos nuevos o por ambigüedad de la misma. El Estado condenado pondrá los remedios a la existencia de la violación, caso de no suceder, el Tribunal podrá conceder una satisfacción equitativa a la parte lesionada, cuyo otorgamiento será objeto de una nueva sentencia. La ejecución de la misma corresponde a los Estados bajo la supervisión del Consejo de Ministros<sup>(274)</sup>.

#### **2.4.2.2- La Comunidad Europea.**

La perspectiva estudio de los derechos en la Unión Europea debe ser jurisprudencial, pues no existe un catálogo de derechos fundamentales y ha sido el Tribunal de Justicia de las Comunidades quién ha tenido que delimitar el contenido de los mismos, basándose en principios generales como el de proporcionalidad o la confianza legítima<sup>(275)</sup>.

---

<sup>274</sup> Eissen, Marc-André. Ob... El Tribunal cit.....,pág 25.

El profesor PECES-BARBA dice que en materia de protección de los derechos fundamentales el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para incorporar los derechos fundamentales en el orden comunitario ha tenido que acudir a los principios generales del derecho comunes de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y también en la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>(276)</sup>. En todo caso y sin ánimo de rebasar los límites de este trabajo, lo que podríamos decir en forma clara es que no existe un catálogo de derechos fundamentales y será el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el que, a través de sus sentencias, velará por la protección de los mismos. Sin embargo, en esta materia, el Tribunal Constitucional Alemán en mayor o menor medida, siempre se ha considerado competente para ejercer el control de constitucionalidad sobre los actos del Derecho Comunitario derivado, cuando un precepto comunitario entrase en conflicto con uno de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn<sup>(277)</sup>.

---

<sup>275</sup> Pérez Tremps, Pablo. *Constitución Española y Comunidad Europea*. Cuadernos de Estudios Europeos. Civitas. Madrid. 1994. Pág 116.

<sup>276</sup> Peces-Barba. Ob.. Curso..cit... pág 651.

<sup>277</sup> Rodríguez Iglesias, G y Wölker. *Derecho Comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: La decisión del Tribunal Federal Alemán de 1986*. R.I.E. No 14. 1987-3. pág 667.

### **2.4.2.3. El sistema Interamericano.**

El sistema de protección de los derechos fundamentales en Iberoamérica se encuentra establecido en el marco de la Organización de Estados Americanos, aprobada en 1948. En 1969, en la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, se adoptó en Costa Rica la Convención Americana de los Derechos Humanos, la que se le conoce como Pacto de San José, que entro en vigor en 1970 <sup>(278)</sup>.

La competencia para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos que contraen los Estados, le corresponde a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### **2.4.2.3.1- Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

En lo que concierne a la primera, tiene como función principal la de promover la observancia y defensa de los derechos fundamentales, tiene una competencia general para conocer las demandas interpuestas frente a Estados partes que hayan reconocido su competencia, por los Estados que

---

<sup>278</sup> Vid. Piza, Rodolfo/Trejos, Gerardo. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos:La Convención Americana*.Editorial Juricentro, San José, Costa Rica. 1989. Págs 90 y sgts. Esta convención se aplica a todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado parte, y no es necesario que las partes tengan el status de nacional y en todos los ámbitos espaciales donde tengan validez los órganos jurídicos de los mismos.

hayan ratificado la Convención, por personas físicas, por organizaciones no gubernamentales legalmente reconocidas y por grupo de particulares. El procedimiento se inicia con la denuncia de los interesados, aunque puede actuar de oficio y se pueden destacar en el mismo tres fases, la primera que se compruebe alguna causa de inadmisibilidad, en cuyo caso se rechazará, la segunda, una fase de conciliación y la tercera de instrucción donde elaborará una ponencia<sup>(279)</sup>.

Son requisitos indispensables para la admisión de cualquier demanda, en primer lugar, que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna y que sea presentada dentro de un plazo de seis meses a partir de decisión interna definitiva y segundo, que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento. Estas decisiones son inapelables. Las demandas se presentan ante la Secretaría de la Comisión, quien valorará su admisibilidad y luego pedirá los informes al Estado correspondiente. Posteriormente, dará audiencia a las partes para que presenten la documentación correspondiente y recabará la prueba correspondiente mediante las investigaciones que podrá realizar. Seguidamente invitará a las partes a un arreglo amistoso, en cuyo caso redactará un informe y lo trasladará a las partes. Si no hay arreglo elaborará

---

<sup>279</sup> Gozaine, Osvaldo Alfredo. *El proceso transnacional. Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ediar. Buenos Aires. 1992. Pág 91.

una ponencia, sobre la cual redactará el informe que será transmitido a los Estados. El referido informe puede tomar tres rumbos, el primero ser sometido a la Corte, segundo, la solución del Estado en un término de tres meses y tercero, si transcurre este plazo y no hay solución, la comisión tomará las medidas necesarias para remediar la situación. Es requisito indispensable para ser sometido el asunto a la Corte que el Estado demandado haya aceptado la jurisdicción de la Corte. Por último, se debe agregar que los Estados, contra la decisión de la Comisión, tienen el recurso de reconsideración<sup>(280)</sup>.

#### **2.4.2.3.2- Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Por lo que respecta a la Corte Interamericana, en lo referente a la interpretación y aplicación de la Convención, su competencia es plena, siempre que los Estados-Partes hayan reconocido dicha competencia.

Sin embargo, su competencia se puede dividir en dos grandes campos, una el procedimiento contencioso y la otra de consulta. La primera de ellas, la jurisdiccional, solamente puede ser gestionada por los Estados partes o por la Comisión. Cualquier demanda, se presenta ante la secretaría de la Corte, previa agotamiento de la vía ante la Comisión y consecuentemente hayan agotado los recursos internos. Una vez

---

<sup>280</sup> Piza/Trejos. Ob.. Derecho Internacional ..cit... pág 292.

presentada la demanda, la secretaria enviará copia de la misma a todos los jueces, a la comisión y a la Secretaria de la O.E.A. El procedimiento tiene dos fases bien marcadas, la escrita se inicia con la presentación de memorias y, la réplica se oponen las excepciones preliminares, las cuales no suspenden el procedimiento. Finalizada ésta, se convoca a una vista pública donde se dará audiencia a las partes, se convocarán los testigos y se realizarán las pruebas correspondientes. El proceso finaliza con una sentencia-salvo que lo sea por desistimiento en cuyo caso necesitará el visto bueno de la Comisión- que será definitiva o vinculante y ejecutable. Contra la misma no cabe recurso de revisión, solamente procede una demanda de interpretación si se presenta en un plazo de tres meses contados a partir de la notificación de la misma<sup>(281)</sup>.

Por último, la Corte puede ser consultada por los Estados-Partes, acerca de la interpretación de la Convención, así como de otros tratados que tengan relación con la protección de los derechos humanos en Iberoamérica. También tienen competencia para consultar algunos órganos de la Organización de los Estados Americanos, tales como la Asamblea General, El Consejo Permanente, El Consejo Interamericano económico, social, científico, cultural, El Comité Jurídico Internacional, La Comisión Iberoamericana de Derechos Humanos, la Secretaria General, las

---

<sup>281</sup> Gozaine, Osvaldo Alfredo. Ob..El proceso transnacional...cit...,pág 73.



Conferencias y Organismos Especializados. Cualquier solicitud se transmite a la Secretaria y ésta a su vez la comunica a los Estados interesados. El presidente otorgará un plazo para la entrega de cualquier memoria o informe, de los que se darán el traslado correspondiente, acto seguido se pasa a la fase oral donde la Corte emitirá su opinión definitiva<sup>(282)</sup>.

#### **2.4.2.3.3- Corte Centroamericana de Justicia.-**

El día trece de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, se firmo el protocolo de Tegucigalpa, que reformó la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos de 12 de diciembre de 1962.

El citado protocolo creó el nuevo Sistema de la Integración Centroamericana, (SICA) como marco institucional de la integración centroamericana para constituir la como región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo. Dentro del protocolo, se establecen cuatro órganos que forman parte del sistema. Dentro de estos órganos se encuentra la Corte Centroamericana de Justicia<sup>(283)</sup>.

---

<sup>282</sup> Piza/Trejos. Ob. Derecho Internacional...cit...pág 326.

<sup>283</sup> León Gómez, Adolfo. *La Corte Centroamericana de Justicia*. Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional Autónoma de Honduras. No 24-25. 1994. Pág 24.

Sobre la Corte Centroamericana de Justicia el protocolo dice “Que garantizará el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo. La integración, funcionamiento y atribuciones de la Corte Centroamericana de Justicia deberá regularse en el Estatuto de la misma”.

El Estatuto de la Corte nació del Convenio firmado por los presidentes de los seis Estados Centroamericanos, el 10 de Diciembre de 1992. Actualmente se encuentra ratificado solamente por Honduras, Salvador y Nicaragua. Establece dicho Estatuto, que la Corte funcionaría conforme a las disposiciones del Estatuto, Ordenanzas, reglamentos y resoluciones que emita ella misma. Que la Corte es el órgano judicial principal y permanente del SICA, cuya jurisdicción y competencia regionales son de carácter obligatorio para los Estados.

En el art.3 del Estatuto se establece, la calidad de la Corte de ser un órgano jurisdiccional y su funcionamiento bajo el principio de pasividad, y que sus sentencias definitivas tienen el carácter de cosa juzgada. Es importante destacar que su doctrina tiene efectos vinculantes para los Estados, órganos y organizaciones del SICA y para los sujetos de derecho privado. Si entendemos por doctrina los criterios jurídicos-científicos derivados de los fallos de la Corte y que tal doctrina tiene efectos vinculantes para los sujetos procesales en general, es necesario aceptar que

materialmente cumple una función legislativa, pues su doctrina es norma que debe acatarse.

Según el art. 4 de su Estatuto, la Corte tiene facultades normativas, pues emitirá las ordenanzas de procedimientos y los reglamentos generales operativos o de servicio mediante los cuales determinará el procedimiento y la manera de ejercer sus funciones.

Los procedimientos tendrán por finalidad la salvaguarda de los propósitos y principios del SICA, la objetividad en la aplicación del derecho, la igualdad de las partes y la garantía del debido proceso (Art. 5). En su integración, está compuesta por dos Magistrados propietarios por cada Estado y dos suplentes electos por las Cortes Supremas de cada Estado. Ejercen sus cargos por un período de diez años y deben tener su residencia permanente en el país sede, Nicaragua.

En el art. 22 del Estatuto se establece la competencia de la Corte. Dentro de la gran cantidad de funciones que tiene destacan el conocimiento de las controversias que se susciten entre los Estados miembros. Se exceptúan las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas. También tiene competencia para evacuar consultas sobre cualquier Tratado o Convención Internacional vigente. Las consultas evacuadas por la Corte relativas al SICA, serán obligatorias para los Estados que la integran. Como excepciones a su competencia se encuentra el conocimiento de la materia

de los derechos humanos, la cual corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica.

En cuanto a la sentencia, establecen los arts. 35 a 40, que deberá ser motivada y tomada por mayoría absoluta de sus miembros. Será inapelable, pudiendo establecerse únicamente contra ella el procedimiento de aclaración o ampliación. Las resoluciones serán vinculantes para los Estados o para los órganos del SICA. En caso de incumplimiento de los fallos y resoluciones por parte de un Estado, la Corte lo hará saber a los otros Estados para que utilizando los medios pertinentes, aseguren su ejecución.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LA LEGITIMACIÓN COMO GARANTÍA DE DEFENSA.**

#### **1.- La Legitimación como garantía de defensa.**

La protección de las libertades va unida siempre a una estructura jurídico-política. No se puede pensar en el restablecimiento de una libertad violada en uno o varios sujetos, tanto desde el punto de vista material como formal, sino se la une con una determinada estructura política. Esa estructura política, es el Estado Democrático de Derecho. Éste es, dice PÉREZ LUÑO, no sólo un Estado de legalidad formal sino aquel Estado en el que la legalidad se funda en la soberanía popular y se dirige a la tutela de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho es, por tanto, una expresión de legitimidad política<sup>(284)</sup>.

LUCAS VERDÚ nos dice que la dimensión del Estado de Derecho a través de su organización y sus postulados dogmáticos en favor de la dignidad de la persona frente al Estado y frente a otros, sirve de eficaz garantía para un ensanchamiento del disfrute de la libertad, como libertad completa y materializada<sup>(285)</sup>.

---

<sup>284</sup> Pérez Luño, Antonio. Ob... Derechos Humanos, Estado ...cit..., pág 212.

<sup>285</sup> Lucas Verdú, Pablo. *La lucha por el Estado de Derecho*. Colegio de España., Bolonia. 1975. pág 113.

La legitimación es por lo tanto, una garantía sustancial para la efectiva defensa de las esferas de libertad ciudadana en la concepción individual y social, ya que los derechos subjetivos y los intereses legítimos son parte de todo ese amplio mundo de libertades tanto en su dinámica formal como material protegidos por un ordenamiento que les da vida y asegura su disfrute.

Sin embargo, el tema de la legitimación sufre mucha variante dependiendo del sistema político, y en favor de una ampliación o reducción de la misma se esgrimen muchas posiciones. Como por ejemplo la economía procesal.

## **II.- La legitimación como instrumento para la defensa de intereses y derechos subjetivos.**

### **2.1- Generalidades sobre legitimación.**

La legitimación es uno de los conceptos más dudosos y menos claros del Derecho, que ha producido abundante literatura procesal así como decisiones jurisprudenciales encontradas y antagónicas. Es el rompecabezas donde se estrellan muchas pretensiones o la aduana del proceso dice GUTIÉRREZ DE CABIEDES <sup>(286)</sup>.

---

<sup>286</sup> Gutiérrez de Cabiedes, E. En el prólogo del libro de Cerdón Moreno, F. *La legitimación en el proceso contencioso administrativo*. Eunsa. Pamplona, 1979. pág 14. Vid también Real Ferrer, G. *Sobre la protección jurisdiccional de los intereses colectivos*. Rev. La Ley, No 2, 1986, pág 199.

Opina ALMAGRO NOSETE que el tema de la legitimación es apasionante, pues tras él subyace la verdadera protección de los derechos e intereses jurídicos y, más al fondo, la filosofía política y jurídica de un determinado ordenamiento jurídico<sup>(287)</sup>. Es en la esfera de la legitimación, ha dicho el Tribunal Supremo Español-refiriéndose concretamente al contencioso administrativo-, donde el proceso se muestra más espiritualista y atrayente.

La legitimación ha sido vista por muchos como un obstáculo de acceso a la jurisdicción, lo cual sin lugar a dudas, constituye una de las causas más graves, pues la misma puede llegar a ser una limitación, tanto por una disposición legislativa como por una mala práctica judicial, sin embargo no se debe llegar a pensar que la misma es inútil o que debe desaparecer<sup>(288)</sup>.

---

<sup>287</sup> Almagro Nosete, José. *Derecho Procesal en la nueva Constitución*. R.D.Pr. No 4, 1978. Pág 899 Comenta el autor que el tema de la legitimación está inspirado de un fuerte contenido político, pues el derecho a la jurisdicción está inspirado en función de la legitimación.

<sup>288</sup> Gómez Orbaneja, Emilio /Herce Quemada Víctor. *Derecho Procesal Civil*. Artes Gráficas y Ediciones S.A.Madrid. 1979. V.1. VIII. Edición. Pág 135-142. Sostiene el primero que es un concepto que no añade nada al de capacidad y representación..Vid también Cortés Domínguez, V / Gimeno Sendra, V./ Moreno Catena, Víctor /Almagro Nosete, José. *Derecho Procesal. Proceso Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1991. Pág 285. Opina Moreno Catena que la legitimación tiene como fin dar vida a un proceso concreto en cuanto se afirme su existencia, y solamente por eso. Luego dice que su naturaleza no es de carácter procesal, sino que es un elemento de fundamentación de la pretensión que impide resolver sobre la cuestión de fondo. Sin embargo, termina concluyendo que, la legitimación agota su virtualidad en el plano teórico, y en la mayoría de los casos carece de trascendencia,

El profesor GONZÁLEZ PÉREZ, refiriéndose al proceso contencioso administrativo, dice que si recientemente se consideraba una conquista definitiva reconocer legitimación para deducir una pretensión ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa al titular de un simple interés en la anulación del acto, hoy se ha llegado a poner en tela de juicio el requisito mismo de la legitimación <sup>(289)</sup>.

La cuestión no es de fácil solución pues la alternativa para algunos es eliminar el concepto, abriendo el proceso a todas las personas, valga decir, establecer la acción popular como común para todas las situaciones, pues se cuestiona, ¿Que sentido tiene el requisito de la legitimación? La respuesta es, dice, evitar un exceso de recursos que abrumaría a los Tribunales. Pero tal explicación no resulta convincente ya que, legitimado o no, nadie interpone un juicio por el simple hecho de gastar dinero y tiempo. Quién recurre, con todos los inconvenientes que ello acarrea, es porque tiene un interés general. Por descontado que, suprimidas las trabas legitimadoras con la legitimación abierta, pueden aflorar los abusos, pero esta posibilidad no puede ser esgrimida seriamente como obstáculo a la acción popular, ya que existen remedios adecuados y eficaces para limitar

---

llegando a decir que se trata de un concepto superfluo que en la práctica a nada conduce.

<sup>289</sup> González Pérez, Jesús. Ob... Derecho Procesal Constitucional. Cit...pág, 62.



tales excesos, desde la prosecución del proceso, al margen de un eventual desistimiento, hasta una peculiar condena en costas <sup>(290)</sup>.

Las razones de existir de la legitimación se encuentran en que es un mecanismo que selecciona los conflictos que realmente necesitan ser resueltos, logrando con ello racionalizar los escasos recursos judiciales, evitando el peligro de la obstrucción. También imperan razones de paz jurídica, evitando que una persona pueda lesionar la tranquilidad del titular de un derecho o un interés, sin que exista justificación alguna <sup>(291)</sup>.

Esta institución del derecho procesal es uno de los puntos sobre el que no existe un alto grado de consenso doctrinal en cuanto al análisis de su naturaleza jurídica, existiendo por lo tanto una innumerable cantidad de teorías, las cuales debidamente matizadas, discuten sobre la índole

---

<sup>290</sup> Dromi, José Roberto. *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*. Editorial Temis. Bogotá. I. Edición. 1980. pág 55. Esta tesis es cuestionable por cuanto abrir el proceso mediante una acción popular es ir demasiado lejos, pues aún en el supuesto de que impongan sanciones, evidentemente habrán acciones temerarias, piénsese por ejemplo en lo beneficios económicos que puede derivar para un actor el intentar una acción que cree una situación de inseguridad durante mucho tiempo, evidentemente las posibles sanciones económicas serán cualquier cosa a la par de los beneficios obtenidos. Por lo tanto el problema no es establecer una acción pública, pues en realidad el problema de la legitimación no es que uno se encuentre en el requisito propiamente tal, pues lo que hay que hacer, es definir claramente cual es su finalidad, y consecuentemente con ello establecer cuales son los requisitos para estar legitimados y por el otro realizar una correcta interpretación por parte de los Tribunales de esos requisitos.

<sup>291</sup> Bujosa Vadell Lorenzo-Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. JM Bosch. Barcelona. 1995. Pág 233.

sustancial o formal de la misma y, sobre todo, acerca de su tratamiento procesal<sup>(292)</sup>.

## 2.2- Breve reseña histórica.

La legitimación no es producto del derecho romano. El derecho romano no conocía problemas de acceso vinculados con cuestiones de legitimación procesal, simultáneamente por estar asociado el interés de pedir con derecho reclamado. Sino que fue un concepto desarrollado en el derecho intermedio, bajo la expresión <se *legitimare*>, que si bien gramaticalmente viene a ser el probar o justificar la verdad de una cosa o la cualidad de una persona, jurídicamente su significación es confusa, y aunque su estudio pertenece al campo de la doctrina general del derecho, fueron los procesalistas los que en mayor grado y en primer lugar, desarrollaron este concepto al abordar determinados fenómenos procesales(sustitución, representación), en los que se manifiesta la falta de coincidencia del titular y del que lo hace valer en el proceso, viniendo a ser una investidura formal otorgada por la ley, en virtud de la cual el proceso, el acto o el negocio producen plenamente sus efectos en la esfera jurídica<sup>(293)</sup>.

---

<sup>292</sup> Montero Aroca, Juan. *La Legitimación en el Proceso Civil*. Estudios de Derecho Procesal. Civitas. Madrid. 1994. Pág 13. Comenta que sobre legitimación se ha discutido tanto pero sin embargo, la doctrina está muy lejos de alcanzar una construcción que pueda considerarse estable y la jurisprudencia lo que transmite a las partes es inseguridad.

<sup>293</sup> Morón Palomino, Manuel. *Reflexiones acerca de la legitimación procesal activa*. R.D.Pr. No 3. 1978. Pág 906. Vid también su obra *Derecho Procesal Civil*. Marcial Pons. 1993. Pág 215. Dice el autor que el término legitimación tiene varias

El planteamiento del fenómeno jurídico que en el derecho moderno se quiere identificar con la palabra <legitimación>, no tiene mucha relación con los supuestos que en la antigüedad se recogían bajo este nombre. Hoy en día, a pesar de que la doctrina prefería referirse en un principio a la *facultad de disposición procesal o a la facultad de gestionar el proceso* siguiendo los pasos de la doctrina alemana, se ha abandonado esa terminología por el término legitimación, término que fue impuesto doctrinal y jurisprudencialmente<sup>(294)</sup>.

En España, la doctrina en el siglo XIX no asumió la diferencia entre la “legitimación ad proccesun” y la “legitimación ad causan”. Es posterior a la publicación de la LEC de 1855 que se empieza a considerar la capacidad de los litigantes para comparecer en su juicio y a distinguir entre personas

---

acepciones. En un sentido amplísimo, legitimación es la acción de legitimar, hacer legítimo algo que no lo es. En un sentido amplio, la legitimación consistía en el reconocimiento que hace el derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, posibilidad que derivaba de la relación que existía entre el sujeto y el objeto. Y por último en un sentido más restringido, se la estudia desde la perspectiva procesal que presenta.

<sup>294</sup> Montero Aroca, Juan. Ob. La Legitimación en el proceso.. .cit.. Pág 29. Sostiene este autor que no es que no existiera la legitimación en el derecho antiguo, sino que la doctrina no se había percatado de ella y realmente se empieza a hablar de legitimación a partir del momento en que se empieza a percibir que los sujetos de una determinada relación jurídica no son los que se convierten en parte en el proceso. También dice el profesor Montero Aroca que en el derecho antiguo la palabra legitimación era utilizada con referencia a la legitimatio personae, que se refería a la capacidad procesal, o sea las calidades necesarias para comparecer en juicio, en segundo lugar a la legitimatio in proccesun, refiriéndose concretamente a la representación legal y a su prueba y por último la legitimatio ad causan que aludía al caso de la sucesión en el derecho reclamado.

físicas y jurídicas, pero sin hacer referencia a la legitimación tal y como se conoce hoy en día. Será a principios del presente siglo con la obra de Magin Fábrega y Cortés de 1928, donde se estudia la capacidad para estar en juicio con distinción de los individuos y las personas jurídicas<sup>(295)</sup>.

En virtud de lo anterior, la L.E.C. de 1981 no contenía ninguna referencia al término legitimación, por cuanto al momento de su redacción este no existía. Sin embargo, dice MONTERO AROCA, " la doctrina española, desde el primer momento en que empezó a hablar de capacidad de actuar procesalmente un derecho concreto o de facultad de disposición procesal o de legitimación, entendió que la misma podía quedar incluida dentro del término < carácter> que emplea el art 533.2 y 4 de la LEC, y de ahí que el art 30.2 del Decreto del 21 de noviembre de 1952 llegará a sustituir esa palabra por la de legitimación, a pesar de que tal situación respondió a un error manifiesto "<sup>(296)</sup>. Otro sector de la doctrina española dice que la L.E.C.,

---

<sup>295</sup> Fernández Espinar, Gonzalo. *Aproximación a una delimitación del concepto y la naturaleza jurídica de la legitimación en el proceso civil*. P.J. 2 Época. 1995. Pág 80

<sup>296</sup> Montero Aroca, Juan. *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*. Granada. Editorial Comares. 1997. Pág.33. Dentro de los autores que ven en la palabra carácter sinónimo de legitimación Montero Aroca ubica a Prieto Castro. El error de confundir carácter con legitimación conduce al absurdo de interpretar que la legitimación se refiere también a la representación legal y necesaria y a la sucesión.

con gran incorrección técnica, emplea el término *personalidad* y sólo en contados artículos emplea el término legitimación<sup>(297)</sup>.

### **2.3- Concepto.**

La consecuencia de su origen dudoso y la incorporación al derecho procesal sin haber sido depurado suficientemente su verdadero sentido en el derecho general, ha sido el origen de una gran disparidad de opiniones doctrinales, que han producido abundante literatura jurídica en torno a la consideración procesal, sin que hasta el momento se haya conseguido una construcción unitaria que explique su verdadero significado. Es una discusión que se ha dado en conexión con las diferentes teorías de la acción y también sobre la relación entre derecho material y proceso, discusión que lejos de aclarar el tema de la legitimación, lo que ha producido es mayor confusión.

Se llama doctrina de la legitimación al nexo o vinculación que existe entre los sujetos y objeto del proceso para que aquellos estén habilitados para ser partes legítimas. Se refiere a la posición en que se ubican las partes con respecto a la relación jurídica material que se discute en un proceso<sup>(298)</sup>.

---

<sup>297</sup> Ocaña Rodríguez, Antonio. *Partes y Terceros en el Proceso Civil*. Editorial Colex. Madrid. 1997. Pág 25. Comenta el autor que la imprecisión está en que el término personalidad sólo debería significar la capacidad para ser parte, lo que no sucede, por que también se refiere a la representación legal.

Doctrinariamente alderredor del concepto se agrupan una gran cantidad de posiciones. Algunos autores como VIGORITTI, en relación a la legitimación, hace un esquema de tres posiciones. La primera ligada al concepto de acción como aspiración a una relación favorable. Aquí se identifica la legitimación como condición de la acción, (Es la posición de CHIOVENDA<sup>(299)</sup>); en segundo lugar, la que entiende la legitimación como presupuesto para la decisión sobre el fondo, referida a los efectos típicos de la resolución jurisdiccional.( Posición de Andrioli). Y por último la que se identifica por la afirmada titularidad de la demanda del derecho deducido en juicio, sería en este caso una condición de tratamiento del fondo y la ausencia provoca la inadmisión del de la demanda. ( Posición de Allorio)<sup>(300)</sup>.

---

<sup>298</sup> Bujosa-Vadell. Ob. La protección.cit..pág 225 Vid. Cordon Moreno, Fernando. **Anotaciones acerca de la legitimación.** R.D.Pr.Ib. No 2 1979. Pág 307. Del mismo autor, *De nuevo sobre la legitimación* R.D.Pr. No 1 1997. Define la legitimación como la situación jurídica, cualificada del sujeto relativa al objeto del acto o negocio, especial para un acto o serie de actos con influencia generalmente sobre la eficacia. Vid. Silguero Estagnan, Joaquín. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos.* Dyckinson. Madrid. 1995. Pág 156. Define la legitimación. “ Como el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace en favor de un sujeto, en cuya virtud le confiere la posibilidad de ejercitar eficazmente su poder de acción, en base a la relación existente entre el sujeto y los derechos e intereses legítimos cuya tutela jurisdiccional pretende.”

<sup>299</sup> Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil.* Traducción E.Gómez Orbaneja. TI. Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág 196. Para Chiovenda la legitimación en la causa era condición de la sentencia favorable y de la acción. Vid también del mismo autor *Principios de Derecho Procesal Civil.* Traducida por Casais y Santaló. Reus. Madrid. 1977. TI. Pág 5.

Los diversos criterios conceptuales con respecto a la doctrina de la legitimación, la mayoría de la doctrina los agrupa en tres. Los que defienden una concepción subjetiva, otras la objetiva y por último una intermedia.

### **2.3.1- Concepción subjetiva.-**

Un primer grupo, entre los que se encuentra CARNELUTTI<sup>(301)</sup>, entronca la legitimación en la capacidad del titular, estimándola como una cualidad subjetiva de aquél, o aptitud para ser sujeto de derechos, o bien como capacidad dispositiva. Por lo tanto, la legitimación es una coincidencia entre el acto del actor y el sujeto de la situación jurídica activa o pasiva

---

<sup>300</sup> Vigoriti, Vincenzo. *Interessi collettivi e Processo. La Legittimazione ad agire*. Giuffrè. Milano. 1979. Pág 78. Vid. también Allorio, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Editorial Ejea. Buenos Aires. Traducción Sentis Melendo. 1963. Vol II. Pág 270. Refiriéndose a la legitimación dice este autor que “ lo que interesa al derecho procesal es la subjetividad, no de la relación, sino de la pretensión. Sin embargo es preciso una cierta relación con el objeto del proceso, para que sea posible esta legitimación procesal es preciso afirmarse titular de la relación jurídica material deducida, aunque al final del proceso resulte ser falsa por no corresponderle el derecho, o incluso por no existir el propio derecho”

<sup>301</sup> Carnelutti, Francesco. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Editorial Uteha, Buenos Aires. 1943. Pág 465. Para este autor son fundamentales dos aspectos de la persona-cualidad y posición- en la elaboración que él hace del concepto de legitimación y su diferenciación con el de capacidad. Considera en primer término que hay que contrastar la cualidad del agente, es decir, la manera de ser de su persona. El conjunto de sus cualidades del agente con trascendencia para la eficacia jurídica de sus actos recibe el nombre de capacidad. Destaca que hay que observar atentamente las relaciones entre capacidad y legitimación, y añade que ambos conceptos se han separado hace poco tiempo, existiendo todavía prácticos, e incluso quienes no lo son, que no saben lo que sea la legitimación cuando, por ejemplo, se encuentran frente a las normas rectoras de la capacidad y de la legitimación. Vid también del mismo autor *Derecho Procesal Civil y Penal*. Obra compilada, editada y traducida por Enrique Figueroa Alfonso. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México. 1994. Pág 76.

sobre la que el acto ha de producir su efecto. La diferencia entre capacidad y legitimación está en que la primera se refiere al poder ser y la segunda al ser, en realidad el actor sujeto de la relación jurídica. La legitimación procesal expresa, por tanto, la idoneidad de una persona para actuar en el proceso debida a su posición y, más exactamente, a su interés o a su oficio. Esta posición ha sido refutada por GUASP: "Entendiendo por legitimación, dice Guasp, la consideración especial que tiene la ley dentro de cada proceso, a personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de la pretensión procesal, y en virtud de cuya consideración exige, para que la pretensión se examine en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en dicho proceso". Agrega que lo normal es que la legitimación se determine por la relación jurídica que se deduce en el proceso, y que estén legitimados los titulares de dicha relación, que puede ser de orden material o procesal<sup>(302) (303)</sup>.

---

<sup>302</sup> Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1968. Pág 185. En igual sentido. Sánchez Isacc, Jaime. *El interés directo en los derechos español y francés*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. 1977. Pág 67.

<sup>303</sup> González Pérez, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. II Edición. T II, 1967, pág 304. Dice este autor que "en aquellas pretensiones en que el demandante, titular de la relación jurídica a que se refiere la pretensión, ejercita el derecho en nombre propio, el problema procesal (de legitimación) va íntimamente ligado al de fondo".



### 2.3.2- Concepción Objetiva.

Un segundo sector de la doctrina encabezado por BETTI, la enfoca como un presupuesto procesal de carácter objetivo-subjetivo, ya que se debe hacer referencia tanto al sujeto como condición necesaria para que sus actividades puedan producir efectos, como al objeto sobre el cual recae dicha actividad<sup>(304)</sup>.

Dentro de esta concepción nos encontraremos autores que ven la legitimación como presupuesto de eficacia o para la eficacia hecha valer en el proceso, y no como presupuesto de la validez o existencia de éste. Ven en la legitimación un presupuesto de eficacia, porque en definitiva la eficacia pretendida en juicio con la estimación del derecho, posición actora o su rechazo, posición del demandado, se declara al final graduando si el derecho ha sido utilizado por su titular o a su nombre. Otro sector de la doctrina, entre los que se destacan PRIETO CASTRO<sup>(305)</sup>, sostiene la tesis del carácter institucional de la legitimación, que limita tanto la facultad del ejercicio de la acción, como garantía de la eficacia de la labor jurisdiccional del Estado, como la amplitud de la capacidad para ser parte. En otras palabras, considera la legitimación como presupuesto al ejercicio de la acción y otorga un gran valor a la legitimación.

---

<sup>304</sup> Betti, citado por Fenech, Miguel. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Agesa. Madrid. 1986. II Edición. Pág 87.

<sup>305</sup> Prieto-Castro y Ferrandiz, Leonardo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. T.I. Aranzadi, Pamplona. II. Edición. 1985. Pág 310.

### 2.3.3- Concepción Intermedia.

No faltan, por último, los autores que la presentan como una tercera categoría o *tertius genus*, que ni es presupuesto procesal, ni una cuestión de fondo propiamente dicha, sino una cuestión previa al problema de fondo. Sin embargo esta tesis no es compartida, por cuanto, si bien es cierto que si se advierte que el demandante no es titular del derecho, o que el demandado no tiene relación con la cosa o derecho controvertido, la demanda se rechazará por infundada, esto en sí no es ciertamente una cuestión previa, sino la cuestión de fondo propiamente dicha, pues aquí lo que se examina es si corresponde la titularidad del derecho y si el demandado está implicado en este derecho, y ello en muchos casos basta para la estimación o rechazo de la demanda<sup>(306)</sup>.

---

<sup>306</sup> Sáez Jiménez, J/López Fernández de Gamboa, E. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Libros Jurídicos Santillana. Madrid. 1964. Pág 264. Estos autores hacen un análisis del pensamiento alemán refiriéndose a las posiciones de Kisch, para quién la legitimación se refiere siempre a una posición del agente y no del destinatario del acto. Para este autor alemán la demanda judicial de un derecho es una forma de su ejercicio. No puede por ello tener resultado más que cuando se ejercita por la persona a quien la ley concede facultad para ello y precisamente contra la persona frente a la cual tiene que ser ejercitada. Se critica este pensamiento porque confunde capacidad procesal de conducir un proceso con el derecho material que se discute, el cual puede alegarse pero no tenerse. También se analiza la posición de Schonke, para quién la legitimación no es un presupuesto procesal, es parte del fundamento de la demanda, y por ello, caso de faltar, la demanda ha de ser calificada como infundada, no como inadmisibile. Este autor entronca el problema de la legitimación con la capacidad para ser sujeto de una relación jurídica procesal. También comentan la posición de los alemanes Hellwig y Rosemberg, tratando de aclarar lo confuso del tema, distinguieron entre una legitimación para la causa, que sería el aspecto subjetivo de la relación jurídica controvertida y, por tanto, presupuesto del

Al estudiar la legitimación no se la debe confundir con el derecho de acción<sup>(307)</sup>, pues éste es la facultad que se concede para el ejercicio del derecho a la tutela judicial, mientras que la legitimación existe para evitar que, sujetos ajenos al objeto del proceso, puedan intentar acciones temerarias en caso de los actores, y que sujetos se vean perjudicados, no como actores, sino como demandados, obligándolos a todos los dispendios y contrariedades de un proceso. Para evitar esta eventualidad el derecho positivo exige que tal sujeto se halle legitimado<sup>(308)</sup>.

La legitimación es la capacidad calificada de un sujeto para ser parte en un proceso concreto. La referida capacidad queda derivada en virtud de la relación existente entre la esfera de intereses y derechos de ese sujeto con el acto o hecho realizado por otro sujeto que ilegítimamente invadió su esfera<sup>(309)</sup>. Siempre hace referencia a una determinada relación del sujeto

---

fundamento de la demanda, y, por otro lado, la facultad de gestión como presupuesto de la procedencia de aquélla.

<sup>307</sup> De la Oliva Santos, Andrés. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*. Barcelona. Editorial Bosch. 1980. Pág 20.

<sup>308</sup> Mateu Ros, Rafael. *El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de legitimación*. R.A.P. No 98, Mayo-Agosto 1982, pág 87. Vid del mismo autor *El Derecho Constitucional a la Tutela Judicial Efectiva y el Requisito de Legitimación*. AA.VV. El Poder Judicial. I.E.F. 1983. Vol III. Pág 1932.

<sup>309</sup> Guasp, Jaime. Ob...Derecho Procesal Civil cit... p. 193, T 1. Señala que. “ el requisito de la capacidad en su doble grado de capacidad para ser parte y capacidad procesal de obrar, resuelve el problema de la aptitud para figurar y actuar como parte en un proceso. Pero, por el mismo sentido de esta exigencia, tal aptitud se refiere a cualquier proceso en general y a ninguno en particular. Pero poder figurar y actuar

con la situación jurídica sustancial que se deduce en un determinado proceso. Relación que se concreta la mayor parte de las veces en su titularidad<sup>(310)</sup>.

## 2.4- Fundamento de la legitimación.

El fundamento de la legitimación es la relación que existe entre el sujeto legitimado y los derechos o intereses legítimos, cuya tutela jurisdiccional se pretende. Su núcleo esencial es un problema de relación,

---

eficazmente como parte, no ya en un proceso cualquiera, sino en uno determinado, no basta con disponer de esta aptitud general, sino que es necesaria una condición más precisa, referida singularmente al litigio que se trate. Tal condición, que afecta al proceso, no en su dimensión común, sino en lo que tiene de individual y determinado, es la que recibe el nombre de legitimación en causa o legitimación procesal.....Es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y, en virtud del cual, exige, para que la protección procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en el proceso...". Por otra parte, Almagro Nosete, J. *Derecho Procesal*. Tirant le Blanch. Valencia. T.1. VI. edición. pág 283. Haciendo una conexión con el derecho a la jurisdicción dice que "es la razón jurídica que mueve al órgano jurisdiccional competente a decidir sobre los derechos e intereses cuya tutela se solicita. Y esta razón jurídica, que es donde radica el efectivo poder del ciudadano para vincular al juez competente a que dicte una sentencia de fondo, es la legitimación". Gimeno Sendra/Saborío Valverde/Garberí Llobregat/González-Cuellar Serrano. *Derecho Procesal Administrativo Costarricense*. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 1993. Pág 182. Define la legitimación como la específica situación jurídica material en la que se encuentra un sujeto, en relación con lo que constituye el objeto litigioso de un determinado proceso, la legitimación es la que determina en cada caso quienes son los verdaderos titulares de la relación material que se intenta dilucidar en el ámbito del proceso".

<sup>310</sup> Figueruelo Burrieza, A. Ob.. El derecho a la tutela judicial efectiva cit..pág 98.

es una calidad, un modo de ser, una posición en la que el individuo se encuentra frente al derecho litigioso<sup>(311)</sup>.

De las consideraciones anteriores se puede concluir que la legitimación cumple la función de determinar cuales son las personas que pueden figurar en un proceso específico, de lo que se sigue, dice el profesor MATEU-ROS, constituye un nexo claro de vinculación entre derecho sustantivo y derecho procesal y una vía decisiva de penetración del primero en el segundo a modo de exigencia material mínima que justifique la inicial admisibilidad de la pretensión deducida, sin perjuicio de la resolución que se adopte en el proceso, lo que viene a confirmar lo expuesto en cuanto a la relación entre el derecho de fondo y la legitimación, sin que como se dijo de ello, pueda desprenderse que son lo mismo<sup>(312)</sup>.

---

<sup>311</sup> Vigoriti, Vincenzo. Ob. *Interessi* ..cit...pág 91. Para Montero Aroca, Juan. Ob. *La legitimación en el proceso civil* cit... pág 44, “ el fundamento de la legitimación se encuentra en la condición de los derechos fundamentales y en el poder de disposición que sobre ellos tienen sus titulares”.

<sup>312</sup> Mateu-Ros Cerezo, Rafael. Ob *El derecho Constitucional* .cit. pág 90. Opina también este autor que la “ legitimación llega a constituir un tamiz para al derecho a la Tutela Judicial, tamiz que debe ser lo más amplio y flexible, de tal modo que no llegue a convertirse en obstáculo para el ejercicio de este.” “ La legitimación es la relación jurídica material que justifica la formulación de una acción procesal determinada, o, en general, de una concreta actuación procesal, de lo que se concluye que, como tal no puede ser determinada ni aplicada sino por remisión a lo que la ley procesal establezca en cada caso, al modo en que la ley haya configurado la relación entre sujeto y objeto procesal de forma tal que habilite al primero para ejercitar la oportuna demanda, oponerse a la misma o impugnar un acto o disposición administrativa” .

De lo expuesto se extrae en definitiva que, la legitimación, al ser un tamiz del derecho a la jurisdicción, evidentemente la misma, debe ser estudiada en las leyes procesales, pero lo que es aun más importante, que esas leyes no pueden, en aras de la funcionalidad de la legitimación, entorpecer el ejercicio del derecho a la justicia que como tal está reconocido en la Constitución e incluso si no lo estuviera el mismo como principio básico que es del Estado de Derecho, esas leyes procesales no pueden limitarlo, estableciendo obstáculos y no verdaderos requisitos procesales.

### **2.5.-Naturaleza de la Legitimación.**

Por causas similares a aquéllas que dificultan obtener un concepto claro y unívoco del principio de legitimación, de igual forma resulta inconveniente poder brindar una idea única que contenga con amplitud el aspecto de cuál es la verdadera naturaleza de la legitimación. Sin embargo, la cuestión tiene repercusiones prácticas, pues de ella depende el tratamiento procesal previo o no a la resolución de fondo. La fijación de la naturaleza es sumamente importante para determinar la clase de norma aplicable, ya sea para regularla o para resolver los problemas referentes a su existencia y la discusión se centra en saber si estas normas son de derecho sustantivo o de derecho procesal<sup>(313)</sup>.

---

<sup>313</sup> Montero Aroca/Gómez Colomer/Ortells Ramos/Montón Redondo. *Derecho Jurisdiccional*. Vol II. 1997. J.M. Bosch Editores. Barcelona, pág 53.

En el transcurso de nuestra investigación en esta materia, nos encontramos con una gran cantidad de posturas doctrinales que procuran explicar la verdadera naturaleza del tema en cuestión, partiendo de concepciones subjetivas, objetivas, equiparándola a conceptos que si bien se relacionan y conforman la legitimación, son independientes y autónomos. Veamos algunas de ellas.

#### **2.5.1- La legitimación y la expectativa a una sentencia favorable.-**

##### **Teoría Sustancial.**

Aquí se parte de la idea de posicionar la acción como derecho concreto y, en esta medida, quien reclama la intervención judicial debe ser el titular del derecho subjetivo privado. Por esto la legitimación deja de ser un presupuesto del proceso para convertirse en una necesidad ineludible de la estimación de la demanda.

Esta concepción surgió en Alemania y ha tenido un gran desarrollo doctrinal. Se parte de la idea de que la legitimación lleva a obtener una sentencia favorable y que es uno de los elementos indispensables para lograr una tutela jurisdiccional concreta. Dentro de esta tesis se ubica al español DE LA OLIVA SANTOS, para quién la legitimación es uno de los elementos necesarios para tener derecho a una tutela jurisdiccional concreta y consiste en la posición jurídica en que se encuentra un sujeto,

bien para fundamentar una concreta tutela jurisdiccional o para padecer su concesión<sup>(314)</sup>.

De acuerdo con esta concepción, la legitimación resulta ser condición para la acción de forma tal que, quién se constituya en actor tendrá que demostrar la titularidad que tiene el derecho que sostiene, la identidad del demandado y el nexo causal necesario que sostenga la relación jurídica. Este conjunto integrado adecuadamente permitirá llegar a la sentencia y a la formación de la cosa juzgada válida entre la partes.

GÓMEZ ORBANEJA dice que, la expresión legitimación no se refiere a la admisibilidad del proceso, sino a la existencia misma de la acción; o sea, que no cabe referirlas al derecho de ser demandante, o a la carga de ser demandado, en un determinado pleito, sino al derecho a la sentencia en el sentido pedido en la demanda<sup>(315)</sup>.

La crítica que se hace a esta teoría es que precisamente lo que trata de averiguar es si quien plantea la demanda tiene o no derecho para actuar, y esto, evidentemente, sólo se sabrá al tiempo de decidir definitivamente<sup>(316)</sup>

---

<sup>314</sup> De la Oliva Santos, Andrés/Fernández, Miguel Ángel. *Derecho Procesal Civil*. Madrid. T1. Editorial Ramón Areces. Madrid. 1991. Pág 435.

<sup>315</sup> Gómez Orbaneja, E/ Herce Quemada, V. Ob.Derecho Procesal .cit..., pág 136. Dice el primero de los autores que “ el poder de conducir el proceso debe considerarse como la manifestación o derivación procesal del poder de disposición del derecho civil y en principio siempre legitimados como partes los sujetos de la relación jurídica material deducida en juicio”.

<sup>316</sup> Montero Aroca. Ob...La legitimación en el proceso ...cit...pág 33.



y, no es conveniente derivar las discusiones en torno al concepto de acción hasta el campo de la legitimación, ya que la obtención de una sentencia sobre el fondo, independientemente que sea favorable o no, no puede basarse solamente en la legitimación, pues hacen falta además reunir los otros requisitos del poder de acción, de la jurisdicción y del mismo proceso<sup>(317)</sup>.

### **2.5.2.- Teoría de la naturaleza procesal.**

Advertidos del problema que produce la doctrina anterior y procurando evitar que la legitimación se valore al mismo tiempo de dictar sentencia sostiene un sector importante de la doctrina opina que debe priorizarse atención *in limine litis*, para evitar que se desarrolle un proceso inútil entre quienes no sean las partes justas, o no estén todos los que deban comparecer obligatoriamente a la adecuada integración de la litis.

Para aplicar en los hechos esta postura es preciso considerar la legitimación como un presupuesto procesal, de forma que pueda el juez resolver la calidad que tiene el portante del derecho alegado, sin necesitar que la parte lo pida.

---

<sup>317</sup> Córdón Moreno, F. Ob... Anotaciones.....cit...pág 319. Al respecto dice el autor que la legitimación hace referencia no a una cualidad intrínseca del sujeto, sino a un poder que le viene conferido por la ley en virtud de una posición anterior en que se encuentra respecto al objeto litigioso o que le faculta para acudir a los Tribunales pidiendo una resolución judicial respecto al objeto del mismo.

Dentro de esta teoría se ubica la doctrina que ve en la acción la abstracta posibilidad de iniciar un proceso. Se considera la legitimación como un presupuesto de carácter meramente procesal. Y por consiguiente se puede defender el tratamiento previo antes de que el juez dicte la resolución sobre el fondo. Dentro de esta posición se ubican los procesalistas españoles MONTERO AROCA Y GONZÁLEZ PÉREZ <sup>(318)</sup> <sup>(319)</sup>.

Esta doctrina es criticada por insuficiente, porque la legitimación también se emplea para calificar a la parte con incidencia, por tanto en el derecho a la tutela judicial efectiva de los sujetos procesales. Aquí el derecho presenta un carácter concreto y en virtud de ello no se puede hacer

---

<sup>318</sup> Montero Aroca, Juan. Ob... La legitimación en el proceso civil. Cit..., Pág 100. Vid también su obra Derecho Jurisdiccional cit.... TII, con Ortells/ Gómez Colomer/Montón Redondo, pág 35.

<sup>319</sup> González Pérez. Ob..Derecho Procesal Const....cit...,pág 400. Sostiene este autor que “ la legitimación es un requisito de admisión de la pretensión en cuanto al fondo, no de la existencia del proceso. Para que el órgano jurisdiccional examine la pretensión es necesario que haya sido deducida por persona legitimada activamente y frente a la persona pasivamente legitimada. Y buena prueba de ello es que la falta de legitimación se examina a veces, por estar íntimamente ligado el problema procesal al problema de fondo, no puede decidirse acerca de aquél sin examinar a la vez el problema de fondo..” Tesis contraria sostiene García de Enterría, E/Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. TII. Civitas. Madrid. 1991 pág 437. Refiriéndose al proceso contencioso administrativo dicen que la legitimación no es un presupuesto procesal que condicione la admisibilidad de la demanda, ya que posee la misma naturaleza y desempeña la misma función que la legitimación en el proceso civil, cual es la de ser un presupuesto de fundamentación, por lo que no corresponde tomar una decisión sobre ella sin prejuzgar el fondo del litigioso..Además agregan, que como requisito puramente procesal consideran a la legitimidad en el proceso contencioso administrativo todos aquellos autores que tanto en el ordenamiento italiano como en el alemán, defienden, una concepción de la jurisdicción tendiente exclusivamente a la tutela de la legalidad objetiva sobre la base de un interés legítimo.

una separación del fondo. Otra crítica, es la confusión que produce a la hora de mantener un tratamiento procesal previo de la legitimación, y, desde el punto de vista dogmático, la efímera ubicación sistemática con el resto de los conceptos y garantías constitucionales<sup>(320)</sup>.

### **2.5.3-Teoría de la relación jurídica.**

Evitando establecer el tipo de derecho o interés que ventila quien a su juicio se presenta, un sector diferente plantea que tiene legitimación aquél que invoca la relación jurídica sustancial.

ALLORIO sostiene que basta con afirmar como propia una situación determinada, y denunciar un demandado para que surja la legitimación. Ambos aspectos son necesarios y suficientes<sup>(321)</sup>.

En la misma dirección se dice que “ la legitimación sirve para dar vida a un proceso concreto en cuanto se afirme su existencia, y sólo por

---

<sup>320</sup> Silguero Estagnan. Ob.. La tutela ....cit....., pág 173. Comenta el autor que en virtud de las críticas que se hacen a esta teoría han surgido posiciones intermedias como la de Liebman en Italia, quién conjunta ambos caracteres de la acción, abstracta y concreta, y en España, Serra Domínguez, quién separa el aspecto material del procesal, así las cosas la legitimación material se deriva de la titularidad efectiva por las partes de la relación jurídica deducida en el proceso y, mientras que la procesal sería la determinación de las personas que pueden intervenir en un proceso concreto y determinado. Vid al respecto su comunicación *Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación. Justicia 87* No 2. Pág 309.

<sup>321</sup> Allorio, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. TII. E.J.E.A. Buenos Aires. 1963. Pág 269.

eso”<sup>(322)</sup>, de modo tal que no existiría necesidad de coberturas adicionales, pues en definitiva, la debida integración de la litis o el derecho a la sentencia quedará al tiempo de resolver.

Los seguidores de esta postura son las que sostienen que la legitimación coincide con la titularidad de la relación jurídico material. Sin embargo, se la critica por cuanto la titularidad del derecho u obligación es objeto del pronunciamiento de fondo, a diferencia de la legitimación que cumple una función exclusivamente procesal ya que es necesaria para que el sujeto parte pueda ser receptor de los efectos del proceso por que atañe a la eficacia de los actos procesales <sup>(323)</sup>.

En España, SERRA DOMÍNGUEZ se ubica dentro de esta posición, pero establece excepciones conforme al tipo de proceso donde la legitimación deba acreditarse. Comenta el autor que la legitimación equivale a la posibilidad de realizar actos procesales eficaces en un proceso concreto, pero que la determinación de la misma varía según el procedimiento. Por

---

<sup>322</sup> Moreno Catena/Cortés Domínguez/Gimeno Sendra. Ob...Derecho Procesal Civil...cit...pág 79.

<sup>323</sup> Betti, citado por Cordon Moreno. Ob. De nuevo sobre la legitimación..cit..pág 102. Señala Betti que la legitimación, en cuanto titularidad de la acción, presenta dos momentos bien definidos, el primero, el momento procesal que se concreta en la titularidad de la acción afirmada y segundo, el momento sustancial en cuanto titularidad de la acción fundada, momentos estos que se encuentran unidos entre sí, por una relación teleológica.. Señala también Cordon Moreno que dentro de esta tesis se ubica la posición de Chiovenda, sin embargo Silguero Estagnan. Ob.. La tutela jurisdiccional cit...pág 170, piensa lo contrario, pues dice que para Chiovenda la legitimación es la identidad de la persona del actor con la identidad de la persona a quién la ley le concede la acción, es una condición general de la sentencia favorable.

ejemplo, en el proceso civil están legitimados procesalmente el demandante, por el mero hecho de formular su demanda, y el demandado, por haber sido elegido como tal por el demandante<sup>(324)</sup>.

#### **2.5.4- Teoría de la naturaleza constitucional.**

Lo problemático que resulta muchas veces explicar la doctrina de la legitimación desde las doctrinas tradicionales clásicas, ha dado lugar a que actualmente gran parte de la doctrina lo proyecte sobre la incidencia evidente en el derecho a la tutela judicial efectiva, en virtud de que no hay duda que para lograr una resolución de fondo, es preciso reunir todos los presupuestos procesales y también los requisitos que determinan la eficacia del proceso, dentro de los cuales se incluye la legitimación.

Además de lo anterior este derecho lleva implícito la exigencia de la legitimación, la cual incluso como dice ALMAGRO NOSETE es la medida del derecho a la jurisdicción. Esta teoría se basa en distinguir entre acción y proceso dentro del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y en el reconocimiento implícito de la legitimación de ese derecho (art 24CE)<sup>(325)</sup>.

No podemos confundir, por tanto, la naturaleza de la legitimación con su tratamiento procesal. A diferencia de la capacidad y postulación que son

---

<sup>324</sup> Serra Domínguez, Manuel. Ob. Precisiones...cit..., pág 311/312.

<sup>325</sup> Almagro Nosete, J. *La Legitimación en nuestro actual Amparo Constitucional*. En Constitución y Proceso. J.M.Bosch. Barcelona. 1984, pág 204.

presupuestos procesales, la legitimación es un presupuesto de fundamentación de la demanda, aunque la posibilidad de que se separe de la situación jurídica sustancial que se deduce en juicio, aconseje a veces tratarla como un presupuesto procesal más.

Pero recordemos que, el control previo se reconduce a que el actor sea titular o no del derecho subjetivo, o del interés cuya lesión se alega, control que *a limine* normalmente se establecerá como una posibilidad.

En este sentido, todas aquellas sentencias que declaran la improcedencia de la defensa de falta de legitimación por estar ligada con la cuestión de fondo, no es que afirmen que el actor está legitimado sustancialmente, sino que de los hechos deducidos en el proceso aparece como posible que pueda estarlo.

En resumen, queda claramente establecido que la dificultad de tratamiento de la legitimación no puede corresponder a una doble naturaleza de la legitimación, ya que ésta es siempre la misma, presupuesto de fundamentación de la demanda, aunque susceptible en algunos procesos de un control previo<sup>(326)</sup>.

---

<sup>326</sup> Gómez Orbaneja/Herce Quemada. Ob. Derecho Procesal ...cit...pág 148. Para el primer autor la legitimación es un problema de fondo y la resolución judicial que lo aborda, hace entrar en cosa juzgada tal aspecto del fondo del asunto. Sin embargo, opina que por razones de conveniencia, algunas son separables en titularidad de la relación material y titularidad de la acción. En igual sentido Ocaña Rodríguez. Ob.. Partes...cit...pág 29, opina que en los casos en que la ley concede legitimación, por ejemplo por la mera pertenencia a una organización (acciones populares o cuasi populares o de grupo), el tema de la legitimación “es algo casi siempre separable del

En cuanto a su naturaleza jurídica no hay duda que es un elemento de eficacia de la pretensión, que trabaja junto al elemento fundamentación en orden a posibilitar la emisión de una sentencia, que entrando en el fondo del litigio, se pronuncie sobre el objeto procesal. Esto es así por cuanto carece de toda explicación separar cronológicamente el análisis de la legitimación, del análisis del objeto litigioso, ya que si no existe legitimación en las partes, una resolución judicial de fondo de la cuestión debatida sería totalmente ineficaz<sup>(327)</sup>.

---

fondo del asunto, y cabrá por lo tanto un examen ad limini litis, como tema afectante y muy próximo a la validez misma o admisibilidad del proceso”.

<sup>327</sup> Ésta es la posición de la doctrina dominante en España. Guasp, Gómez Orbaneja, Fairén Guillén, Gimeno Sendra. Otro argumento que abona la naturaleza sustancial de la legitimación es que, si la misma estriba en la relación jurídica que se da entre un sujeto con un bien determinado de la vida y esa relación, puede revestir la forma de derecho o interés cuando determinado órgano jurisdiccional se pronuncia sobre la falta de legitimación de cualquiera de las partes diciendo que no es titular del derecho o interés en que se funda su pretensión, esa resolución que se pronuncia sobre la legitimación va adquirir una vez firme el carácter de cosa juzgada y en consecuencia va a impedir que se vuelva a interponer un nuevo proceso con la misma pretensión. Por lo tanto, concluyen estos autores que, la legitimación nunca podrá encuadrarse en la categoría de presupuesto procesal porque la resolución judicial que se pronuncia sobre la carencia de ellos, nunca adquiere el carácter de cosa juzgada material, lo cual no sucede con la legitimación, donde se produce dicha situación... En igual sentido se pronuncia Cordón Moreno Ob.. De nuevo sobre la legitimación...cit..., pág 6, para quién la legitimación constituye un presupuesto de fondo de la acción, es decir el derecho a obtener la tutela efectiva por medio de una sentencia con un contenido concreto. Dice este autor que por eso condiciona el contenido de la sentencia, en el sentido de que no cualquier persona puede obtener la tutela de una situación jurídica determinada, sino sólo su titular, con las excepciones de la legitimación extraordinaria. También es del mismo criterio de que la sentencia que se pronuncie sobre la falta de legitimación es una resolución sobre el fondo con eficacia de cosa juzgada. En igual sentido vid también Figueruelo Burrieza, Ángela, Ob... Derecho a tutela....cit...., pág 98. Tesis contraria parece tener Sánchez Morón para quién la legitimación es, ante todo, un presupuesto procesal, ya que confiere a

### 2.5.5- La doctrina española.-

Sobre este orden de ideas, en España la doctrina procesalista actual se debate en el tema de legitimación principalmente sobre dos concepciones, ambas relacionadas con el concepto de acción<sup>(328)</sup>.

---

un sujeto jurídico la posibilidad de constituirse en parte necesaria, sin la cual el proceso no existe...*La legitimación en los Procesos Constitucionales*. R.E.D.C. Año 3. No 9. 1983. pág 20.

<sup>328</sup> Tomando a conciencia las palabras de Montero Aroca Ob. La Legitimación colectiva cit...pág 17, de que de la legitimación no se puede hablar hasta que no se distinga entre derecho subjetivo y acción, es necesario referirse al concepto más discutido del derecho procesal, y que llevo al ilustre tratadista italiano Calamandrei a decir que las teorías de la acción eran como las noches de la leyenda, <mil y una y todas maravillosas>. “Lo primero que hay que decir es que en el derecho romano, acción y derecho subjetivo eran una misma cosa, concepción monista que se mantiene hasta el siglo XIX, en que se dice que el derecho subjetivo es el prius y la acción el posterius, y por ello Savigny decía que la acción era el abstracto bajo el que se presentaba el derecho subjetivo. Pero esta ruptura entre acción y derecho subjetivo se rompe con la discusión entre Winscheid y Müther. Winscheid fue el primero que sostuvo la tesis de que la acción no era un derecho autónomo del derecho violado sino la exigencia o la pretensión de que ese derecho transgredido quedase satisfecho y fuese dirigido contra el adversario por la vía judicial. La acción se convierte entonces, en la pretensión legítima de que el derecho violado sea satisfecho. Por su parte Müther sostuvo que el derecho de acción era autónomo del derecho violado. El derecho de acción se constituye un derecho abstracto dirigido contra el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales hacia la tutela jurídica”

Sin embargo las posiciones sobre la acción se pueden agrupar en tres. El primero de ellos, el de la **teoría de la acción como un derecho concreto** entiende la acción como un derecho subjetivo público a obtener, por parte de su titular, una tutela jurisdiccional favorable. Esta teoría arranca de seguidores como Wach y seguida por Hellwig y Goldsmidt en Alemania. En Italia por Chiovenda, para quién la acción se dirige únicamente frente al adversario y se debe considerar como un derecho potestativo. (Vid su obra *la Acción en el sistema de los derechos*. Ensayos de Derecho Procesal. Buenos Aires. 1949). También en esta misma línea se ubican Calamandrei en Italia, y en España Gómez Orbaneja y De la Oliva Santos. Para Gómez Orbaneja “la acción es el derecho a obtener una sentencia favorable”.

El segundo de ellos la **teoría de la acción como derecho abstracto**, la entiende como el derecho a acudir a los tribunales para obtener una resolución de los órganos



Los partidarios de la teoría abstracta de la acción exigen el requisito procesal de la legitimación en la parte, dado que ésta ha de tener interés en el proceso por regla general, la parte sólo puede hacer valer en el mismo derechos afirmados como propios, apoyados en la relación jurídica material, afirmada o alegada como existente. Se concibe pues la legitimación como

---

jurisdiccionales, independientemente del resultado obtenido, ya estime o no la pretensión del actor en el fondo o en la instancia. Esta teoría fue esbozada en sus orígenes por Mütther, quién fue el que dio el giro conceptual dice Montero Aroca, y fue seguida en Alemania por Degenkolb, Köler y Plosz. En Italia Carnelutti y Rocco. En España Prieto Castro para quién la acción “es la facultad de ejercicio del derecho a la justicia”. Vid su obra *Tratado de Derecho Procesal* cit..., Vol I, pág 316.

Otro grupo, las teorías eclécticas, donde se ubica Liebman, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. E.J.E.A. Buenos Aires. 1980. Pág 114. Dicen que la acción es un poder abstracto atenuado por la necesaria concurrencia de varios presupuestos. Otra concepción diferente es la de Guasp en España conocida por todos quién Ob.. La pretensión procesal cit..., dice “que la acción es un concepto extraprocesal, que pertenece al terreno civil o al terreno político pero no al derecho procesal”.

En el último grupo están las teorías **constitucionalistas**, que conciben a la acción como un derecho público subjetivo procesal, incluido entre los derechos que emanan de la personalidad y como una especie del derecho constitucional de petición, dirigido al Estado actuando jurisdiccionalmente. Dentro de esta posición se ubican los procesalistas españoles Fairén Guillén, Gimeno Sendra, Almagro Nosete, Moreno Catena, Montero Aroca, Cortés Domínguez. En contra de considerar la acción como un derecho público subjetivo está Silguero Estagnan, quién dice que este término se aviene a los derechos de los que se sea titular frente al Estado, pero el poder de acción no sólo se ejerce frente al Estado representado por el poder jurisdiccional sino frente a los demás sujetos que intervienen en el proceso. Ob..La tutela cit...pág 68.

Y para finalizar aparece la posición monista procesalista defendida por Salvatore Satta en Italia, y para quién el derecho subjetivo es absorbido por la acción. En España la defiende Ramos Méndez, quién dice que “la acción en si misma no es ni abstracta ni concreta, en el sentido tradicional que se les da en comparación con el derecho subjetivo, sino que es concreta cuando se identifica con su ejercicio, en cuanto es petición del juicio por un sujeto concreto y en cuanto que con la misma se concreta el ordenamiento”. Vid su obra *Derecho y Proceso*. Bosch. Barcelona. 1978. Pág 107.

una *afirmación de titularidad* activa y pasiva y como requisito procesal necesitado a veces de una prueba inicial. Dentro de esta tesis se ubica a ALMAGRO NOSETE<sup>(329)</sup>. Para este sector de la doctrina, dice MONTERO AROCA lo que basta es la mera afirmación de una relación jurídica como propia del actor o del demandado, para fundar suficientemente la legitimación y para generar todo el conjunto de expectativas y cargas en que el proceso se resuelve<sup>(330)</sup>.

---

<sup>329</sup> Almagro Nosete, J/Tome Paule, J. *Instituciones de Derecho Procesal*. TI. Ed.Triviun. Madrid. 1993. Pág 219. Almagro Nosete dedica varios trabajos al tema de la legitimación y sostiene que en el derecho procesal civil, inicialmente sólo puede reconocerse a quien afirma la titularidad de un derecho. La legitimación está en función de la afirmación de un derecho pero, también, de la coherencia entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden. No basta la afirmación de un interés. Para Almagro la legitimación es una condictio iuris de orden jurídico procesal, apreciable, por tanto de oficio, que al cumplirse vincula, en el proceso concreto de que se trate, al órgano jurisdiccional competente a dictar una sentencia de fondo, sea esta favorable o no al sujeto legitimado. La legitimación es la medida del derecho a la jurisdicción y un a priori en cuanto al fondo del asunto y determina la posibilidad jurídica del pronunciamiento sobre el mérito termina diciendo este autor.

<sup>330</sup> Montero Aroca, Juan. Ob.La Legitimación en el proceso...cit..pág 34. En contra de esta posición se pronuncia el procesalista Ramos Méndez, quién sostiene que, si lo que se toma en cuenta en la legitimación es la relación jurídica en cuanto deducida en juicio, estamos ante algo estéril e inútil. Y lo contraresta diciendo que, el que una persona sea o no titular del derecho o de la obligación es algo que solamente resultará de la sentencia que ponga fin al proceso, pero no puede saberse desde un inicio. Y poco importa lo que afirmen las partes, pues al final lo que valdrá es lo que diga la sentencia, que será la que en definitiva ponga fin al proceso. Lo que bastará para la conducción del proceso es sencillamente que dicha persona sea uno de los litigantes . Por este camino la legitimación sólo nos viene a indicar quién es el demandante y quien es el demandado y nada más. Su aportación a la teoría de las partes es sencilla, pero necesaria y suficiente, por que los juicios no se desenvuelven entre entes abstractos, sino entre personas concretas. Cfr. Ramos Méndez. *Derecho Procesal Civil* . TI. Editorial Bosch. Barcelona, 1992. pág 251.

Los seguidores de la teoría concreta de la acción conciben la legitimación como una afirmación de titularidad, sin embargo, opinan que fuera de la necesaria afirmación inicial de la legitimación, no se está ante un requisito procesal, cuya falta puede invalidar los actos procesales y dar lugar a una sentencia absolutoria en la instancia, sino que se trata de un presupuesto o requisito de fondo y su justificación inicial no tiene, en principio, alcance del resto de la prueba documental<sup>(331)</sup>.

Esta posición la defiende DE LA OLIVA SANTOS, quien entiende por "legitimación la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejerce o a la exigencia precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión". Ahora bien estas posiciones jurídicas activa o pasiva consisten en ser titular de un derecho subjetivo privado o en ser titular de un deber u obligación respectivamente. Por eso la legitimación no es un presupuesto del proceso sino un presupuesto de estimación o desestimación de la demanda. En otras palabras, es un presupuesto de fondo<sup>(332)</sup>. Esto se explica diciendo que los presupuestos procesales condicionan el que se

---

<sup>331</sup> Ocaña Rodríguez, A. Ob.. Partes cit..., pág 34. El autor está de acuerdo con la segunda posición, pues dice que si se tiene acción en sentido concreto, es por que se tiene legitimación directa o indirectamente, en la teoría abstracta se tiene siempre acción y se puede carecer de legitimación ya que sea por que el actor actúe sin afirmarla o por que se deduzca que carezca de interés.

<sup>332</sup> De la Oliva/Fernández. Ob..Derecho Procesal...cit..., págs 439

dicte una sentencia sobre el fondo del asunto, el tema de fondo condiciona el concreto contenido de la sentencia. Si falta un presupuesto procesal no se dicta sentencia sobre el fondo, si falta la legitimación sí se dicta sentencia sobre el fondo, denegándose en ella la tutela judicial pedida<sup>(333)</sup>.

Pero en definitiva, para las dos concepciones, la legitimación es un tema de fondo que solamente puede resolverse en la sentencia, y por ello, concluye este autor diciendo que, hoy en día en la doctrina española, aunque se discuta en torno al concepto, se está de acuerdo en dos cosas sobre la legitimación, que es un tema de **tema de fondo y debe resolverse en sentencia**<sup>(334)</sup>.

---

<sup>333</sup> De la Oliva/Fernández. Ob. Derecho Procesal cit.... pág 496. Dice que la legitimación es un presupuesto de la acción. Sobre este mismo orden de ideas el maestro Gómez Orbaneja. Ob.. Derecho Procesal Civil. T 1. pág 142, dice que “ la legitimación no toma en cuenta la relación jurídico material en cuanto existente, sino sólo en cuanto deducida, por ejemplo la legitimación activa en la acción reivindicatoria no depende de que la cosa sea del actor sino que éste la reivindique como suya, esto por cuanto si el poder de conducción del proceso se considera derivación procesal del poder de disposición, en principio legitimados como partes lo están los sujetos de relación jurídica material deducida en juicio, esto es el que tiene el derecho, tiene como consecuencia la facultad de disponer de él y el ejercitarlo en juicio no es sino hacer uso de ese poder ”.

<sup>334</sup> Montero Aroca, Juan. Ob. La legitimación en el proceso...cit....,pág 35. En una posición contraria a la doctrina mayoritaria se sitúa este autor para quién, la legitimación tiene naturaleza procesal, implicando ello en primer lugar que, independientemente del lugar donde estén colocadas las normas que la regulen las mismas son siempre procesales; en segundo lugar que la falta de legitimación ya sea en el actor o en demandado, siempre debe conducir a que se dicte una resolución meramente procesal, no una sentencia de fondo absolutoria del demandado; y por último en algunas ocasiones será posible, y aún necesario resolver las excepciones de legitimación que se interpongan en forma previa, sin dejar que el proceso se desarrolle hasta el final por sentencia. Lo anterior por cuanto se debe hacer una

Sin embargo, en lo que toda la doctrina está de acuerdo es que, a través del requisito de la legitimación (sea procesal o de fondo) se obtiene:

a.- La concreción de la capacidad procesal abstracta y genérica para incoar cualquier proceso. De exigirse sólo la capacidad procesal el proceso se desarrollaría en el vacío y nunca podría la sentencia trascender a la esfera del derecho material<sup>(335)</sup>.

b.-Y la conexión entre el derecho procesal y sustantivo, entre acción y derecho subjetivo material. Es el objeto lo que individualiza cualquier proceso<sup>(336)</sup>.

En todo caso, dice MATEU-ROS, en su propia naturaleza, la legitimación representa aquella titularidad jurídico-material que justifica la formulación de una acción procesal determinada, pero como tal no puede ser definida ni aplicada, sino por remisión a lo que la ley establezca en cada caso, a la manera en que la ley haya configurado la relación entre sujeto y

---

distinción, dice el autor, entre titularidad de la relación jurídica material que se discute en el proceso, que se regula por normas de derecho sustantivo, y posición habilitante para formular la pretensión en condiciones de ser examinada por el Tribunal en cuanto al fondo y pueda procederse a la actuación del derecho objetivo, que se regula directamente por normas procesales. Vuelve a reiterar en la obra *Ensayos de Derecho Procesal. Personalidad y Legitimación*. Editorial Bosch. Barcelona. 1996. pág 297. Aquí el autor dice que la doctrina española sostiene que, la legitimación es un presupuesto del tema de fondo a resolver en el proceso, pero él defiende la posición de que es presupuesto del mismo. Un crítica a esta posición se puede ver en Ocaña Rodríguez. Ob...Partes y terceros...cit...pág 45. La considera errónea en su concepto o concepción, a parte de ser simplista y reduccionista.

<sup>335</sup> Guasp, Jaime. Ob...Derecho Procesal Civil....cit vol I, pág 185.

<sup>336</sup> Prieto Castro. Ob.. Tratado de Derecho Procesal ...,cit..vol I, pág 285.

objeto procesal de forma tal que autorice al primero para ejercer determinado acto<sup>(337)</sup>.

## **2.6- La Legitimación en el Proceso Constitucional.**

Ya hemos dicho que la legitimación es una elaboración abstracta sin un contenido determinado, que ha de concretarse en cada proceso específico atendiendo a las necesidades del objeto de la pretensión.

El Derecho procesal Constitucional definido como aquella disciplina jurídica que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, a saber, los procesos constitucionales y la magistratura constitucional, o en otras palabras, aquellos en los que se dirimen conflictos de naturaleza constitucional <sup>(338)</sup>, al igual que lo hace con otras instituciones del derecho, retoma los conceptos del derecho procesal civil adecuándolos a sus propias exigencias, y la legitimación no es la excepción a esta regla. Pues es adoptada por el derecho procesal constitucional tal y como se manifiesta en el derecho procesal civil, es decir, como esa situación relacional que existe entre los sujetos<sup>(339)</sup>.

---

<sup>337</sup> Mateu-Ros Cerezo, Rafael. Ob... El derecho Constitucional a la Tutela cit...., pág 90.

<sup>338</sup> Sagués, Néstor Pedro. Ob.. Derecho Procesal cit.....,pág 6.

<sup>339</sup> González Pérez, Jesús. Ob... Derecho Procesal Constitucional cit..., pág 106

Pero el contenido concreto dado en el proceso civil al concepto de legitimación, viene a ser variado en el proceso constitucional. Efectivamente, en el proceso constitucional, el acceso a la vía judicial tiene varios matices, que van desde un acceso sumamente restringido verbigracia Francia, hasta un acceso amplio como es el caso de Colombia y Costa Rica.

Esta diversidad de matices en el proceso constitucional responden a la insuficiencia que presentan los tradicionales conceptos de interés legítimo, interés directo y situaciones jurídicas individualizadas, ya que las exigencias de la realidad social plantean complejos conflictos que escapan al campo de acción de estos institutos. Ha sido por ello necesario ampliar los conceptos existentes o formular nuevos conceptos aplicables al instituto de la legitimación, que permitan exigir, cada vez menos, la vinculación directa de la norma violada con el interés particular y el perjuicio cierto y concreto, para admitir las acciones impugnatorias.

En los procesos constitucionales y en la totalidad de los procesos en general, la legitimación no pierde su auténtica naturaleza, que no es otra, que la de constituir un elemento de fundamentación de la pretensión, que opera, como ya se dijo, no sobre la validez sino sobre su eficacia. A pesar de que para algunos como ya hemos dicho anteriormente, la legitimación es

un requisito procesal, y cuando la misma se da es que puede examinarse la pretensión <sup>(340)</sup>.

En los procesos constitucionales, la doctrina clásica de la legitimación elaborada por los procesalistas sirve de buen principio. Guasp dice que el presupuesto de este concepto es la titularidad activa o pasiva deducida en el litigio, sin embargo en el proceso constitucional no existe a menudo esa congruencia entre la titularidad de un derecho y la pretensión deducida. En una gran cantidad de procesos constitucionales, lo que se persigue es la defensa del interés general o la supremacía de la Constitución.

Pabón de Acuña, dice que la legitimación en el derecho constitucional se trata de una potestad puramente procesal y no de una relación jurídica material de la que la concesión de la legitimación sea una mera consecuencia formal. Una noción, dice PABÓN DE ACUÑA más conectada al concepto de competencia que al de interés<sup>(341)</sup>.

---

<sup>340</sup> González Pérez. Ob. Derecho Procesal Constitucional...cit..., Pág 107. Este autor es del criterio de que la legitimación no es el derecho a exigir la intervención de un órgano judicial, pues este le corresponde a toda persona.

<sup>341</sup> Pabón de Acuña, José María. *Las funciones del Abogado del Estado en el Proceso Constitucional*. AA.VV. El Tribunal Constitucional. Vol III. I.E.F. Madrid. 1981. Pág 1964. Comenta el autor que si realiza un examen a la estructura de los procesos constitucionales, se puede observar que la noción clásica de legitimación elaborada por la doctrina procesalista se desdibuja. Ya que si se admite que el presupuesto material del concepto se concreta en la titularidad activa o pasiva deducida en el litigio, habrá que reconocer que esa titularidad apenas es visible. Y sobre todo en los órganos del Estado, para exigir de los restantes un comportamiento acorde con la legalidad constitucional.



Por otra parte GARCIA ROCA dice que la legitimación se reduce a un derecho a acceder a la jurisdicción constitucional que otorga la posibilidad de iniciar un proceso y de disponer sobre la actividad alegatoria y sobre la pretensión procesal. En este sentido, la simple existencia de legitimación resulta insuficiente para considerar la pretensión y en gran medida en algunos de los procesos constitucionales, la concesión o no de la legitimación es una simple opción de política legislativa. Situación, según el profesor, que legitima cualquier interrogante sobre la legitimación<sup>(342)</sup>.

Es España, el Tribunal Constitucional dice ARAGÓN REYES, ha interpretado las reglas relativas a la legitimación con criterios no estrictamente formalistas, al objeto de valorar al máximo el principio de la tutela judicial, o del acceso al Tribunal, favoreciendo el ejercicio de la acción a través de criterios más flexibles de apreciación de los requisitos procesales, que en última instancia tienen como objeto servir a la justicia y no obstaculizarla<sup>(343)</sup>.

---

<sup>342</sup> García Roca, Javier. Ob... El conflicto entre órganos constitucionales cit..., pág 66.

<sup>343</sup> Aragón Reyes, Manuel. *Comentario al Art 162 Constitución Española*. En comentarios a las Leyes Políticas. La Constitución. Edersa. Madrid. 1988. T XII. Pág 234. Comenta el autor que en el Derecho Procesal Constitucional la legitimación es muy distinta en cada proceso. Vid en el mismo sentido Sánchez Morón. Ob La Legitimación .....cit...pág 9.

## **2.7- Clases de legitimación.**

Existe un gran cantidad de criterios de clasificación<sup>(344)</sup> dentro del concepto general de legitimación.

Esquemáticamente, y por razones prácticas que facilitan la comprensión de cómo sucede la cobertura de legitimación en una persona o conjunto de ellas, suele clasificarse el interés tutelado en la medida que admite cada ordenamiento jurídico.

Se divide así en dos campos bastante diferentes, A) Legitimación ordinaria, B) Legitimación extraordinaria.

### **2.7.1- Legitimación Ordinaria.-**

La primera de ellas es la que corresponde al titular de la situación jurídica sustancial que se deduce en juicio. Solamente está legitimado él para pedir la tutela judicial, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en los supuestos de legitimación extraordinaria, en los que ésta puede ser pedida para él por un tercero en nombre propio.

---

<sup>344</sup> Es importante mencionar otras clasificaciones que hacen, por ejemplo en España, Gómez de Liaño F, *La Legitimación Colectiva y el art 7 de la LOPJ.* Justicia 86 1986. Pág 561. Distingue entre legitimación individual, legitimación pública, legitimación popular y legitimación colectiva. Por su parte Lozano-Higuero Pinto, Manuel. *Introducción al Derecho Procesal*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1990. Pág 139, distingue entre legitimación individual o específica, legitimación supraindividual o colectiva, dentro de las cuales distingue la categorial, la comunitaria y la institucional y por último la legitimación popular.

Generalmente cuando se tutelan situaciones jurídicas privadas, la posición legitimante será normalmente un derecho subjetivo de titularidad individual <sup>(345)</sup>.

Este tipo de legitimación es el común, aquél que busca relacionar el derecho subjetivo en cabeza de quien se presenta ante la jurisdicción formulando la demanda. No interesa el problema de la representación o el mandato, sino quién asume la calidad de parte legítima.

Está claro que a partir de este concepto, y precisamente por su generalidad, se llega al problema de confundir legitimación con titularidad de derecho subjetivo.

#### **2.7.2- Legitimación extraordinaria.-**

Se refiere a la diversidad de intereses que tienen protección judicial y a las personas que los promueven.

Por un lado, suponen reconocer otros derechos distintos al subjetivo, que se posicionan como intereses jurídicamente relevantes que deben tener tutela jurídica. La legitimación, en este aspecto, se produce como parte del ensanchamiento de la franja de los derechos tutelados que diseña todo

---

<sup>345</sup> Vid. Montero Aroca, Juan. Ob..La legitimación cit...pág 35. La legitimación ordinaria es aquella en la que, quién demanda, afirma ser titular del derecho subjetivo e imputa la titularidad pasiva al demandado, al contrario de la extraordinaria o indirecta donde, el que demanda no afirma ser el titular del derecho subjetivo o no imputa la titularidad pasiva al demandado. De la Oliva Santos/Hernández. Ob. Derecho Procesal cit....., Pág 500. Estos autores la llaman propia.

orden jurídico. Por otra parte, surge en contraposición a la idea de legitimación ordinaria, explicando la función de quienes actúan en el proceso en nombre de otro a quien representan, sustituyen o acompañan (sustitución procesal, sucesión procesal, litis consorcio necesario etc).

La legitimación extraordinaria son los supuestos en los que la ley, con fundamento en un interés que considera prevalente, reconoce a una persona legitimación para reclamar en juicio un derecho ajeno. Son los supuestos de legitimación extraordinaria, solamente admisibles cuando la ley los establece expresamente y, por consiguiente, su aplicación es de carácter restrictivo. Dentro de esta categoría se distinguen dos supuestos, la sustitución procesal <sup>(346)</sup> y la legitimación directa, que en ocasiones reconoce la ley a quien no es titular del derecho. En el caso de la primera, el sustituido actúa en juicio en nombre propio, pero pidiendo la protección de un derecho ajeno, y ello porque la ley lo autoriza al ser titular de una relación jurídica sustancial conexa con la que se deduce en juicio. Un ejemplo de esta es el art 162.b) de la Constitución que reconoce legitimación para acudir al amparo constitucional a personas que, sin ser titulares del derecho fundamental violado, pueden verse afectadas en sus

---

<sup>346</sup> Silguero Estagnan. Ob.. La tutela..cit... pág . Para este autor es un error considerar a la sustitución y a la subrogación como casos de legitimación extraordinaria, pues pertenecen a la legitimación indirecta. En sentido parecido Prieto Castro opina que el término sustitución no es correcto por cuanto el sustituto no es un legitimado extraordinario, sino ordinario, por lo tanto prefiere usar el término desplazamiento de legitimación. Vid. Prieto-Castro Ferrandiz, L. Ob..Tratado de Derecho Procesal cit..., Pág 321.

intereses legítimos por una disposición, acto jurídico o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado. Aquí hay una legitimación por sustitución para pedir en juicio la tutela de un derecho fundamental ajeno al titular de un interés legítimo, en la anulación del acto o disposición que causo la lesión<sup>(347)</sup>.

Y la legitimación directa es aquella en la que solamente existe una situación jurídica con tres sujetos relacionados entre sí. Un ejemplo de ésta última en el derecho español es la legitimación que se reconoce a los colegios profesionales para reclamar las cantidades debidas a sus miembros en concepto de honorarios.

## **2.8- MODELOS DE LEGITIMACIÓN PROCESAL.-**

Doctrinariamente se distinguen modelos de legitimación. Uno, al que podríamos llamar tradicional, referido a la legitimación ordinaria, en el cual se afirma la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo, o sea que exista una específica relación con el objeto de la pretensión deducida.

Y el otro, modelo abierto, al que se le conoce como legitimación popular que faculta a toda persona en pleno uso de sus derechos civiles, a actuar en favor de toda comunidad y de ella misma. Pero como hemos visto en líneas anteriores, la legitimación amplia se otorga en muy pocas situaciones, como ampliaremos.

---

<sup>347</sup> Al respecto se puede consultar la STC 19/83 del 14 de marzo.

Pero además de estos dos sistemas de legitimación, está la legitimación de las entidades colectivas e intereses difusos y la legitimación institucional.

### **2.8.1- Legitimación Ordinaria.-**

El régimen de legitimaciones establecido por cualquier ordenamiento varía según los cuestionamientos políticos de una sociedad dada, y en especial, según el alcance que tenga el derecho privado y el grado de colaboración ciudadana que quiera reconocerse para conseguir la observancia general del ordenamiento<sup>(348)</sup>. En realidad, en el trasfondo de estas exigencias se encuentra la definición del sistema jurídico-político de un ordenamiento. Es bastante clara la dependencia entre el mecanismo legitimatorio y los principios que informan el proceso, principios influidos enormemente por los condicionamientos políticos, según el alcance que se diera tanto a la libertad individual como a la participación de los individuos y a los grupos de gestión y protección de los diversos intereses. La legitimación es una cuestión política y solamente después es técnica, dice la doctrina italiana<sup>(349)</sup>.

Sobre el tema de la legitimación existen muchos estudios, sin embargo, en los tiempos modernos, se ha visto la necesidad de ampliar el

---

<sup>348</sup> Almagro Nosete. José. Ob..Comentario al art 24 CE. cit..., TIII. pág 35.

<sup>349</sup> Vigoriti. Vincenzo. Ob. Interessi Collectivi....cit..pág 66.

concepto clásico,<sup>(350)</sup> elevando a categorías generales supuestos que en un determinado momento fueron considerados como extraordinarios. Esta ampliación se dio sobre todo en el proceso contencioso administrativo, donde adquiere gran importancia la doctrina del interés legitimante. Aparte de lo anterior, la complejidad de la sociedad actual ha llevado al individuo a buscar otras formas de protección ante las grandes empresas y a buscar, como dice PÉREZ LUÑO en la solidaridad su principal valor como referencia para los nuevos derechos que exigen, para su realización, una comunidad de esfuerzos. La sociedad ha evolucionado y hoy en día se ha pasado de una consideración individual de las relaciones jurídicas a otra en que cada día adquieren mayor trascendencia las relaciones que la doctrina denomina colectivas. En virtud de lo anterior se tiende a dar gran importancia en la doctrina de la legitimación, a la legitimación de los intereses de grupo, a la relevancia colectiva y a la participación ciudadana, y por consiguiente a la que conoce como legitimación colectiva a la cual nos referiremos más adelante<sup>(351)</sup>.

---

<sup>350</sup> Pérez Luño, Antonio. *La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales*. En Problemas de legitimación del Estado Social. Por Enrique Olivas. Editorial Trotta. Madrid. 1999. pág 91. Al respecto, dice el autor que, la experiencia de las últimas décadas ha corroborado que es necesario reconocer a la generalidad de los ciudadanos, la legitimación para defenderse de aquellas agresiones a bienes colectivos o intereses difusos, que, por su propia naturaleza, no pueden tutelarse bajo la óptica tradicional de la lesión individualista. En virtud de ello, es que se postulan nuevas formas de acción popular para la puesta en marcha de los instrumentos de protección de nuevos derechos, como el derecho medioambiental, derecho y ecología, el derecho a la calidad de vida etc.

Por último nos queda mencionar las bases que, según el profesor ALMAGRO NOSETE, son esenciales para que una teoría general de la legitimación tenga sus frutos. La primera es el reconocimiento de un derecho general de accionar, de carácter abstracto o derecho a la jurisdicción que explica, por medio del concepto complementario de legitimación, la vinculación del juez competente a dictar una sentencia de fondo. Lo anterior, por cuanto si toma un concepto de acción en sentido concreto, se termina confundiendo con legitimación y ésta termina siendo por tanto inútil. La segunda base es la consideración de la legitimación como una *condictio iuris* de orden público procesal, cuyo cumplimiento se exige al titular del derecho a la jurisdicción para vincular, en un proceso concreto donde ejercite este derecho, al órgano jurisdiccional y competente a dictar una sentencia de fondo sea ésta favorable o desfavorable al sujeto legitimado. Una tercera base es la estimación de que el contenido de esta condición consisten en la alegación de un interés jurídicamente relevante al que el derecho erige en razón justificativa de las consecuencias jurídicas que se pretenden. La cuarta es la insuficiencia de la alegación del interés legitimante, para considerar cumplida la condición impuesta, o sea que es preciso que el órgano jurisdiccional que sea, verifique si la posición que la ley le asigna al que pide es suficiente para pedir los efectos jurídicos que se pretenden, y por último, la necesidad de considerar que el tema de

---

<sup>351</sup> Sánchez Morón, Miguel. *La participación del ciudadano en la administración pública*. C.E.C. Madrid. 1980. pág 111. Vid del mismo autor *El principio de participación en la nueva constitución*. R.A.P.No 89. 1979. Pág 125.



legitimación comporta siempre una cuestión de derecho, que obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen <sup>(352)</sup>.

### **2.8.2- Legitimación abierta. La acción Popular.-**

En sus orígenes históricos, la acción popular surge como un instrumento defensivo de los derechos individuales que debían ser ejercidos en el ámbito público, aunque fueran derechos civiles, en cuyo caso se transformaban en cívicos para ser contrastados con los excesos administrativos.

La actio popularis en Roma se daba a quienes tenían un interés en la cosa pública que no era considerada propiedad del Estado, sino de los súbditos. La actio popularis se ejercía ante el pretor, que era quien la impulsaba, conminando a que cesara el hecho perturbador del orden público establecido por la ley<sup>(353)</sup>.

Actualmente el carácter o fundamento individualista se ha transformado en uno de naturaleza pública, viendo a la acción popular como un medio de tutela de intereses que son de toda la comunidad nacional.

---

<sup>352</sup>Almagro Nosete, José. *Cuestiones sobre legitimación en el proceso de Amparo Constitucional*. AA.VV. El Tribunal Constitucional. IEF. Madrid. 1981. Tomo III, pág 376 y 377.

<sup>353</sup> Quiroga Lavie, Humberto. *Derecho Constitucional*. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1984. Pág 110.

En virtud de lo anterior, se autoriza la legitimación de cualquier ciudadano o persona del pueblo para reclamar la acción de la justicia en defensa del interés público, o mejor dicho, la posibilidad legal de pedir y obtener justicia sobre la base de la pertenencia del actor a una colectividad. Se trata de una tutela objetiva del ordenamiento, pretendiéndose que la realidad se ajuste a las prescripciones normativas. Aquí ya no hay una relación inmediata ente el objeto de la pretensión y quién la ejerce, sino un mero interés en la defensa de la legalidad vigente<sup>(354)</sup>.

Por lo tanto, la legitimación de cualquier ciudadano o persona del pueblo para reclamar la acción de justicia en defensa del interés público, o mejor dicho, la posibilidad legal de pedir y obtener justicia sobre la base de la pertenencia del actor a una comunidad amplia, como la estatal, es lo que actualmente se conoce como acción popular; pero esta posibilidad de acción para cualquiera, puede existir solo en tanto que la ley así lo permita expresamente<sup>(355)</sup>. El concepto de acción popular está íntimamente ligado

---

<sup>354</sup> Córdón Moreno..Ob. La Legitimación en el Proceso Contencioso...cit..pág 150. Sostiene este autor que el “ hecho de cualquier persona pueda recurrir, no quiere decir ello que realmente no exista una relación jurídico-sustancial protegible, si bien la titularidad no es atribuible a un sujeto o grupo determinado, la misma aparece esparcida entre la generalidad” Termina diciendo que “aquí cada ciudadano es titular de un verdadero derecho, aunque el mismo corresponda también a los demás ”.

<sup>355</sup> En materia de legitimación constitucional éste ha sido un punto importante, ya lo decía Kelsen. “Que la cuestión del modo de iniciar el procedimiento ante el Tribunal Constitucional tiene una importancia primordial; de la solución que se dé a este problema depende principalmente la medida en la que el Tribunal Constitucional cumple su misión de protector de la Constitución ” La más fuerte garantía sería autorizar una actio popularis....Almagro Nosete, José. *La acción Popular ante el Tribunal Constitucional*. R.D.P.No 12. 1981-1982 pág 66.

al de legitimación, que como regla general exige la existencia de una situación jurídica individualizada que afecta a un derecho subjetivo o a un interés legítimo de la parte actora. La acción popular es la excepción a ese principio, en la medida que elimina los límites de la legitimación activa<sup>(356)</sup>.

La razón que puede dar origen a esta autorización legal se basa en la protección encaminada a permitir el impulso y la formación de la voluntad social, para hacer posible la conversión de una sociedad pasiva en una más activa y participativa.

Bajo esta perspectiva es donde, en los últimos tiempos, la acción popular ha tenido un enorme incremento en la legislación comparada. Por ejemplo En Estados Unidos<sup>(357)</sup> la ley de depuración atmosférica faculta a cualquier ciudadano a demandar a todo agente contaminador, incluso al Estado por daños previstos en la ley, sin que sea necesario que el accionante pruebe haber sufrido algún daño. En Brasil, se conceden acciones populares contra la administración pública y los entes autárquicos, en contra de los actos que afecten el bienestar general, ocasionando perjuicios al uso del dominio público o afectándolo en los aspectos, económicos, estéticos, artísticos o históricos ( ley 4717 de 1965 y Código de

---

<sup>356</sup> Ibañez, Perfecto Andrés/ Movilla Alvarez Claudio. *El Poder Judicial*. Editorial Tecnos. Madrid. 1986. Pág 309.

<sup>357</sup> Bujosa Vadell, LM. *El procedimiento de las acciones de grupo(Class Actions) en los Estados Unidos de América*. *Justicia* 94. TI. 1994. Pág 79. Comenta el autor que las acciones de clase son básicamente procesos en los que se litiga en defensa de grupos de personas que se encuentran en situaciones similares.

Proceso Civil). En España, como veremos más adelante la ley del suelo de 1956, faculta a cualquier ciudadano sin necesidad de reunir condiciones especiales para exigir a cualquier administración y, si fuere el caso la posibilidad de impugnar ante los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la normativa urbanística. Aquí el actor no defiende intereses propios, sino que actúa en interés de la ley, por eso no se le exige reunir requisitos especiales dice el profesor CANOSA USERA <sup>(358)</sup>.

Existe confusión en la doctrina en cuanto al ámbito de cobertura de la acción popular, pues muchos autores han entendido que cuando existe un interés difuso o colectivo y se concede legitimación al ciudadano para actuar en forma directa, se trata siempre de una acción popular, lo que es un error pues, como ya hemos señalado anteriormente, al pertenecer estos intereses a grupos menores o parciales a la colectividad, requieren de ciertos requisitos para legitimarse ante los Tribunales, requisitos que no son necesarios en la acción popular. El hecho de que en los intereses colectivos no se exija un daño o interés directo en la esfera particular del individuo, no es fundamento para afirmar que se está ante una acción popular, pues el accionante tiene que probar su pertenencia al grupo afectado, no basta indicar la existencia de un acto o norma de carácter lesivo al bien jurídico, indicación que sí resulta suficiente en el caso de la acción popular, porque

---

<sup>358</sup> Canosa Usera, Raúl. *Protección Jurídica del medio ambiente*. Instituto de Ecología y Mercado. Madrid. Papeles del Instituto No 4. pág 26. Véase también Coscuella Montaner, Luis. *Acción Pública en materia urbanística*. RAP. Madrid. 1978. No 87 pág 133-159

el accionante no necesita más que los requisitos básicos de capacidad procesal para poder entablar la acción.

Con esto se quiere decir que para estos grupos no existe una acción popular, según ya los hemos definido, sino que éstos gozan de medios de protección para sus intereses, que pueden tener para algunos semejanza, ya con la acción popular, mas no la constituyen.

Así dentro de estas diversas formas de protección encontramos las llamadas acciones de clase (class action) que son ejercidas para proteger intereses de sectores específicos de la población (por ejemplo consumidores), que tiene una finalidad evitar la dificultad práctica para realizar la acumulación de acciones en una sola representación, por parte de cualquiera de los que se encuentran en esa situación, pero que en realidad no constituye una acción popular pues pertenece a un grupo determinado, debiendo el representante demostrar la pertenencia a ese grupo. Otra forma de protección de esos intereses colectivos es la mal llamada acción popular grupal, que es otorgada a determinadas agrupaciones representativas del grupo (asociaciones de consumidores) donde generalmente existen efectos erga omnes<sup>(359)</sup>.

Y es que en la acción popular, poseer una legitimación de carácter originario otorgada por la ley, hace que se prescinda de requisitos de legitimación como cualidad subjetiva del actor que ejercita la acción. Por

---

<sup>359</sup> Bujosa Vadell, Ob..La Class Action....cit...pág 89.

ello, los ejemplos mencionados y otros más, no calzan dentro de la ausencia de estos requisitos de legitimación subjetiva, y solamente deben ser considerados como requisitos en relación con la legitimación ordinaria, menos vinculados con el interés directo del actor.

Esta ausencia de lesión directa ha llevado a una fuerte discusión de si se está en presencia, de la defensa de la legalidad objetiva, o si además de ello existe un verdadero derecho, que corresponde al actor y a todos y cada uno de los demás miembros.

Dentro de la primera posición, los autores señalan que la acción popular es un interés derivado de la normativa de manera directa, hacia cualquier sujeto, persona física o jurídica, en igualdad de condición para la defensa de la legalidad objetiva. No se reacciona contra la infusión indebida en la esfera de derechos de los sujetos, sino que la reacción es por la infracción objetiva del ordenamiento que instrumentaliza al administrado para la protección de los bienes jurídicos siempre objetivos.

Con un planteamiento opuesto, CORDÓN MORENO<sup>(360)</sup> dice que es perfectamente aplicable a la acción popular la ecuación ilegalidad-perjuicio, aunque este último no es individual sino genérico y que la atribución del derecho positivo tiende al reconocimiento de un sustancial interés del ciudadano, otorgando un nuevo poder a su esfera jurídica. No olvidemos que nos encontramos más allá de los intereses colectivos o difusos,

---

<sup>360</sup> Córdón Moreno. Ob..La legitimación en el proceso Contencioso...cit....., pág 156.

estamos frente a los intereses de toda la colectividad, lo que implica una lesión de toda la nación y por ello, dicha lesión deja de ser personal, por excesivamente remota o distante de la calidad de habitante del país y es muy posible entonces que, frente a daños tan generales, nadie tenga intereses individuales.

El mayor de los problemas es el pronunciamiento en abstracto por parte del órgano jurisdiccional sobre asuntos que se sometan por esa vía a su conocimiento, lo que escapa a su propia esfera de actuación, otorgándole facultades que no le pertenecen.

El establecimiento de una acción popular responde a una decisión de carácter político más que jurídico, con el fin de proyectar un sistema de democracia directa, donde cada ciudadano tenga la posibilidad de cuestionar las actuaciones de los órganos de poder del Estado<sup>(361)</sup>. A propósito del carácter político de la acción popular dice ALMAGRO NOSETE, que estas legitimaciones de carácter netamente político se llevan mal con

---

<sup>361</sup> Almagro Nosete. Ob. La acción popular..cit...pág 66. Este autor refiriéndose a Kelsen, dice que ni siquiera el maestro Viénés se atrevió a recomendar el implemento de la acción popular porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y al mismo tiempo de un insoportable congestionamiento de procesos. Sin embargo piensa el autor que estas razones están basadas en argumentos sociológicos y no jurídicos, careciendo de una fuerza obstativa, ya que suponen una prevención apriorística sobre experiencias que aún no se han dado. Y pone como ejemplo la legislación española en materia penal, donde los asuntos iniciados a través de acción popular son menos que los iniciados por el Ministerio Público. Sin embargo termina diciendo el autor que, en el campo constitucional lo que puede sostenerse es que la prevenciones sobre la acción popular constitucional no están justificadas sin un previo análisis de su incidencia real, al tiempo que cabe también eliminar o corregir sus posibles inconvenientes o desvíos.

la naturaleza independiente de la jurisdicción. No se debe olvidar que la jurisdicción es término del binomio inseparable con el derecho a la jurisdicción que explica y da sentido a aquel poder del Estado. El motor de la jurisdicción, sigue diciendo ALMAGRO NOSETE debe obedecer a razones de satisfacción de intereses jurídicos que no siempre pueden estar connotados por conveniencias políticas.

Sin embargo, no debemos olvidar que, pese al fundamento que da origen a la acción popular, su función en la puesta en práctica ha sido otra, muchas veces tomando un perfil de carácter demagógico, siendo utilizada, generalmente por las minorías, como instrumento para obstaculizar la acción del Estado.

#### **2.8.2.1-La Acción Popular en España.**

El artículo 125 de la Constitución Española reconoce que los ciudadanos podrán ejercer la acción popular, siendo una concreción del derecho a obtener la tutela judicial efectiva<sup>(362)</sup>.

---

<sup>362</sup> Moreno Catena/Gimeno Sendra/Cortés Domínguez. *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1995..Pág 223. Sostienen estos autores que el derecho a la tutela judicial consagrado en el art 24 de la Constitución aparece aquí con una configuración especial en el presupuesto de legitimación, sin embargo la acción popular supone que la legitimación no se circunscriba a los titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos, sino que se extiende a cualquier ciudadano por el mero hecho de serlo para la defensa del interés general. E incluso la posición del Tribunal Constitucional es que en el art 24 de la Constitución se consagra el derecho de acción, y una de las formas es la acción popular y entre los



En el ordenamiento español, la acción popular esta consagrada en todos los procesos penales por delitos perseguibles de oficio, de tal forma que cualquier español puede actuar en esos procesos aun cuando no fuera perjudicado por el hecho delictivo. Asimismo, se reconoce una acción popular, como se dijo líneas atrás en materia urbanística, en la ley de Patrimonio histórico Español, ( art 8.2 de la ley de 25 de Julio de 1985) y la ley de costas, (art 109.1 de la ley del 28 de julio de 1988). Fuera de estos casos, en ningún otro tipo de proceso tiene cabida la acción popular<sup>(363)</sup>.

En lo referente a la titularidad, todas las personas físicas y jurídicas la ostentan, tanto en la acción popular como en el derecho a la tutela judicial efectiva acción, sin que el término ciudadano que utiliza el art 125 de la C.E. autorice la restricción de la titularidad solamente a las personas físicas<sup>(364)</sup>.

---

derechos e intereses legítimos para los que se tiene el derecho de reclamar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública.

<sup>363</sup> Martín Mateo, Ramón. *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*. Madrid. Estudios Trivium. 1994. Pág 35. Dice el autor que las acciones populares deben estar siempre reconducidas a su auténtica misión, la cual es tutelar intereses colectivos y solamente deberían ser utilizadas por asociaciones y colectivos con los suficientes medios económicos y éticos, todo ello sin perjuicio de que se les dé a los particulares la oportunidad para la defensa de intereses, que pueden verse perjudicados por los fugaz de los plazos para recurrir y su ignorancia sobre las licencias y acuerdos que las afectan.

<sup>364</sup> Esta es la posición del Tribunal Constitucional, STC 241/1992. Es importante agregar, que en España la acción popular está reconocida en la Constitución, y la misma, dice el profesor Moreno Catena se debería potenciar en todos los procesos en que se ventilen intereses públicos, cualquiera que sea el orden jurisdiccional ante el que se sigan. Ob.. Introducción...cit..pág 224.

### **2.8.2.2- Legitimación de los intereses de grupo. Intereses colectivos e intereses difusos.**

#### **2.8.2.2.1- Antecedentes.-**

Los intereses son múltiples y polifacéticos, de modo tal que, para lograr cierta precisión en punto a la legitimación, hay que verlos tal y como se presentan en un determinado proceso.

Así podemos encontrar que existen intereses públicos y privados, intereses individuales y colectivos y los llamados intereses difusos. En cuanto a los intereses individuales procuran satisfacer necesidades particulares que no tienen proyecciones hacia otros, pues la sentencia solamente beneficia al actor o al demandado, los intereses colectivos por el contrario se refieren a las acciones de grupos que personifican un interés susceptible de provocar efectos reflejos a todos los que se encuentran dentro del sector. Y los intereses difusos son la novedad, nacieron para dar vuelta al sistema cerrado por la doctrina administrativa que, en su tiempo, separó al derecho subjetivo de los intereses, y a éstos los calificó como legítimos, colectivos, o simples, de acuerdo a la situación jurídica que denunciara el individuo. En ellos no existe un dueño exclusivo ni singular porque la pertenencia es de todos. Las modalidades que adquiere la

protección procesal de los intereses o derechos difusos depende, en gran medida, de una decisión de política legislativa <sup>(365)</sup>.

El proceso tradicional tutela intereses privados bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es legítimo titular del derecho invocado. Sin embargo, con el tiempo se advirtió que detrás del concepto del derecho subjetivo existía una concreta y efectiva realidad que quedaba desprotegida.

La necesidad de proteger esos intereses dispersos o anónimos, fue el tránsito hacia una nueva etapa. La solidaridad es el valor principal que se pondera, así como la libertad lo fue para los derechos fundamentales del Estado liberal y la igualdad para los derechos socioeconómicos y culturales <sup>(366)</sup>.

La doctrina prefiere utilizar el término intereses de grupo por ser mucho más preciso, aunque no carezca de ambigüedades, pero que parece

---

<sup>365</sup> Cappelletti, Mauro. *Dimensiones de la Justicia en el mundo Contemporáneo*. Editorial Porrúa. México. 1993. Pág 131. Señala este autor lo grave que sería dejar a estos nuevos derechos sin mecanismos de defensa, y recomienda que no se deben usar los modelos clásicos de legitimación y, por el contrario, adoptar temperamentos modernos que refresquen la tutela diferenciada que la colectividad merece, tomando en consideración algunas precauciones para evitar fraudes o excesos.

<sup>366</sup> Pérez Luño, Antonio. *Las generaciones de los derechos humanos*. R.C.E.C. No 10. 1991. Pág 210

ser más neutral al encontrarse entre los intereses individuales y los intereses públicos<sup>(367)</sup>.

Históricamente la noción presenta un carácter muy novedoso, sin embargo hay que decir que, los intereses de grupo no sólo afectan a bienes jurídicos nuevos, sino también surgen por una manera de entender y apreciar intereses antiguos. Es una noción que se utiliza para designar no solamente intereses comunes a diversas personas, sino sobre todo, para indicar intereses que, frente a los tradicionales, se presentan como nuevos y diversos en un doble aspecto, por el contenido y por una nueva manera de sentir intereses antiguos<sup>(368)</sup>.

---

<sup>367</sup> Existen un gran cantidad de denominaciones para llamar a estos intereses, tales como intereses colectivos, intereses difusos, intereses sociales, intereses de serie, intereses de sector, interés de categoría, sin embargo, para Bujosa Vadell la expresión intereses de grupo es la que mejor se adapta a lo que realmente representan. Bujosa Vadell. Ob. La Protección..cit..pág 56. Montero Aroca, dice “que en las últimas décadas se ha venido hablando de intereses supraindividuales, colectivos, difusos, de categoría etc, sin que realmente se sepan en que consisten y lo peor sin que se sepa cual es la diferencia entre unos y otros”.Montero Aroca, Juan. Ob.. La legitimación colectiva cit...,Pág 44

<sup>368</sup> Bujosa Vadell.. Ob. La protección..cit..pág 63. Agrega este autor que la evolución de la expresión ha sido a partir del siglo XIX y sobre todo a principios del siglo XX con la aparición de las primeras obras de los procesalistas italianos que advertían sobre las exigencias de intereses propios de la pluralidad de las personas. Sin embargo es en el año 1918, con la publicación de Santi Romano, L' Ordenamiento Giuridico, cuando queda fijado el significado de los intereses colectivos, referido a todas las situaciones de ventaja no referibles ni al Estado Persona, ni a los individuos. El Estado liberal evolucionó y de esa transformación política y social surgen estos nuevos intereses. En esta época se desarrolló el movimiento obrero dándose las formas de solidaridad colectiva, debiéndose tutelar los intereses de grupo y obligando por consiguiente al Estado a realizar cambios y ajustes para dar cabida a las nuevas fuerzas sociales. Éste es, dice la doctrina italiana, el origen de los

#### 2.8.2.2.2- Concepto.-

En cuanto al concepto de los mismos, la doctrina utiliza criterios tales como objetivo, subjetivo y uno normativo<sup>(369)</sup>. Sin embargo bajo el criterio subjetivo es donde se ubica la mayoría, donde se destaca que estos intereses son colectivos, nadie es su titular y, al mismo tiempo, todos los miembros del grupo o una categoría determinada lo son. La transpersonalización caracteriza el objeto, pero es la dimensión del grupo subjetivo lo que determina la verdadera noción de difuso o colectivo pues entre ambos hay cierta identificación que confunde y corresponde esclarecer.

Pero en definitiva existen muchas definiciones. Una de las más completas es la dada por BUJOSA VADELL para quién se debe entender por intereses de grupo, a la relación por la que un grupo, más o menos determinado, de personas pretende evitar un perjuicio o conseguir un beneficio en relación con un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objetos susceptibles de apropiación pero cualitativamente idénticos<sup>(370)</sup>.

---

intereses colectivos. Surgen en el marco de las relaciones sindicales, dice Montero Aroca. Ob...Legitimación colectiva...cit..pág 47.

<sup>369</sup> Bujosa Vadell. Ob...La Protección, pág 69.

<sup>370</sup> Bujosa Vadell..Ob. La Protección.cit...pág 81. Almagro Nosete distingue tres planos de los intereses colectivos; el subjetivo que se refieren a colectivos pocos precisos en su composición; objetivo,el contenido se difumina porque los obligados

### 2.8.2.2.3- Naturaleza Jurídica.

En lo referente a la naturaleza jurídica, la discusión se centra en saber si estos intereses se ubican entre las dos categorías básicas, por un lado los meramente individuales y por otro los públicos o generales de la comunidad política, o si por el contrario corresponden a una categoría nueva respecto de las ya consolidadas. Sin embargo, a pesar de la gran cantidad de teorías al respecto, solamente nos queda por decir que la mayoría de la doctrina se inclina por entender que los intereses de grupo es una nueva forma de observar las situaciones ya consolidadas, por eso se entiende que algunos derechos fundamentales no son exclusivamente referibles a la titularidad del individuo, sino que asumen muchas veces relevancia social o se convierten en colectivos en su fase de ejercicio, debiendo, dice SÁNCHEZ MORÓN, ser entendidos estos intereses en una dinámica participativa <sup>(371)</sup>.

---

sean múltiples y cada uno tiene algo que poner para el cumplimiento o realización del derecho y el formal, tienen una accionabilidad difusa e imprecisa ya que el problema de titularidad pide a la doctrina abrirse nuevas formas de intervención o de representación que se salen de los esquemas del derecho procesal. Vid Almagro Nosete, José. Ob... La Protección Procesal de los intereses difusos en España, cit...pág 74. También del mismo autor *Tutela procesal ordinaria y privilegiada de los intereses difusos*. R.D.P. No 16, pág 93.

<sup>371</sup> Sánchez Morón..ob.cit. El principio de participación...pág 183.

#### **2.8.2.2.4- Clasificación de los intereses de grupo. Intereses colectivos-intereses difusos.**

En cuanto a la clasificación de los intereses colectivos, también es amplia, sin embargo la más estudiada por la doctrina es la que distingue entre intereses colectivos e intereses difusos.

Se establece que el elemento esencial de distinción entre ambos intereses se encuentra en la organización, y en base a ello se dice que son intereses difusos aquellos que se encuentran en un estado todavía fluido del proceso de agregación de intereses, y se reservarían, por tanto, a las posiciones de ventaja reconocidas a los individuos por el ordenamiento, de igual contenido y referidas al mismo bien jurídico, pero sin organizar. No existe en consecuencia una unión lo bastante fuerte como para hacer perder relevancia jurídica a las presiones individuales. Por el contrario serán colectivos aquellos en los que existe una relación organizada entre los intereses individuales, de igual contenido e igualmente orientados. Existe una coordinación de voluntades que no hay en los primeros <sup>(372)</sup>. O sea, el

---

<sup>372</sup> Bujosa Vadell. Ob.La protección .cit..pág 99. También se utiliza para hacer la distinción, el criterio de la determinabilidad, y en virtud de ello, se entiende que son intereses difusos los referibles no al sujeto como individuo, sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, dando lugar a una pluralidad de situaciones análogas, mientras que los intereses colectivos se refieren a colectividades o grupos, limitados y circunscritos. En España Fairén Guillén, dice que los intereses difusos suponen una masa inorgánica cuyos intereses personales no son individuos identificados ni fácilmente identificables. Son difusos en cuanto a su titularidad, a diferencia de los colectivos que es una pluralidad de personas identificada o identificable. Vid. Fairén Guillén, Víctor. *Ensayo sobre procesos complejos*. Editorial Tecnos. Madrid. 1991, pág 244. Gómez de Liaño, dice que los intereses colectivos son los propios de una comunidad organizada genéricamente, fáciles de

interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado, mientras que los intereses colectivos son los que pueden protegerse a través de asociaciones o grupos (Sindicatos, colegios o asociaciones profesionales, la familia etc) que asumen la representación correspondiente del interés agraviado.

#### 2.8.2.2.5- Legitimación

Otro problema que presentan los intereses de grupo, sean colectivos o difusos, es en cuanto a su titularidad. En esta clase de intereses existe una pluralidad de titulares, todos los que forman parte del grupo, ya sean éstos personas físicas o grupos organizados, para proteger un interés determinado, cada uno de los cuales es titular de uno de los intereses que componen el conjunto. Aunque, piensa BUJOSA VADELL, deben ser considerados en su globalidad<sup>(373)</sup>.

---

identificar por sus intereses comunes, a diferencia del interés difuso que es aquel que se refiere a una pluralidad subjetiva muy amplia, de difícil concreción. Ob cit. pág 558. Vid también Cresti, Marco. *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*. Giuffrè. Milano 1992. Pág 3. También la doctrina hace otras clasificaciones tal como intereses de serie, intereses de categoría referidos a una categoría de individuos, intereses profesionales, que para Almagro Nosete son una manifestación de los intereses colectivos.

<sup>373</sup> Bujosa Vadell.L. Ob. La protección...cit...pág 213. Agrega además el autor que al hablar de intereses sin dueño, en los ordenamientos se encuentra la tesis de no conceder estos a ningún sujeto en particular, quiere ello decir que no se deben subjetivizar ni en sujetos individuales, ni en la colectividad en su conjunto, planteándose así únicamente la tutela del ordenamiento. En cuanto a titularidad opina, el autor que, cuando se trata de intereses de grupo formados realmente por intereses individuales de contenido idéntico, susceptibles de ser ejercidos colectivamente para potenciar su función, cada miembro del grupo sería el titular de



En cuanto a la capacidad para ser parte de los portadores de intereses de grupo, se ha concedido más fácilmente a aquéllos que tienen cohesión anterior al hecho, por ejemplo, los colegios profesionales. Sin embargo, ALMAGRO NOSETE sostiene que tienen legitimación, por ejemplo, las asociaciones u organizaciones de hecho o grupos de personas unidas para la realización de un fin más o menos duradero o circunstancial, llamadas uniones sin personalidad, en cuyo interés común se pueden haber formalizado actos jurídicos de los que nazcan responsabilidades<sup>(374)</sup>.

En materia de intereses o derechos difusos, la ausencia de legitimados directos obliga a reconocer una representación suficiente e indeterminada en un colectivo que evita consideraciones de carácter individual.

La doctrina italiana la llama *ente esponencial* y la americana *adequacy of representation*. En ambos casos se procura que las organizaciones o grupos cuenten con garantías básicas para establecer el contradictorio. La garantía del debido proceso se resuelve a través de la adecuada representación de los intereses del grupo que permanece ausente, defendidos por otros miembros del grupo, que se encuentran en

---

un interés coincidente cualitativamente con la de los demás afectados. Y cuando se trata de intereses de grupo en sentido estricto, en los que la relación se establece sobre un bien no susceptible de apropiación exclusiva por ningún individuo, la titularidad la ostenta el grupo.

<sup>374</sup> Almagro Nosete/Tomé Paule. Ob.. Instituciones....cit..., pág 278.

una situación cualitativamente idéntica y que ofrecen indicios de que van a proteger de manera adecuada los intereses de todos los que se encuentran en semejante posición jurídico-material<sup>(375)</sup>.

El ente exponencial supone convalidar la representación que se arroga un grupo para defender los intereses de una colectividad determinada, cuando ella permanece pasiva o inactiva, o nada contradice cuando la agrupación solicita la tutela jurisdiccional.

El grupo exponenciado *el sector protegido*, y el ente exponencial *la entidad organizada o la persona o personas que pretenden la atención judicial*.

La legitimación colectiva la clasifican los italianos, en legitimación de sólo algunos miembros en defensa de la colectividad (legitimación colectiva), ejemplo los casos en que algunas formaciones sociales o asociaciones actúen como entes exponenciales cumpliendo los criterios de la adecuada representación que exija el ordenamiento, (es la más utilizada en el derecho europeo continental) y la legitimación difusa , que es la

---

<sup>375</sup> Bujosa Vadell. Ob...La protección...cit...pág 186. Dice el autor que la diferencia con la representación convencional es elocuente. No existe conferimiento expreso ni constituido, tampoco una voluntad tácita que acepte la manifestación en nombre del ausente; se trata, solamente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales desprotegidos. De este modo, la representación adecuada tiende más a la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial. No obstante, el sistema anglosajón da prioridad en sus acciones de clase, a las medidas de atribución subjetiva que invocan agrupaciones. Fiscalizado, se otorga legitimación al acreditar el sector la representación adecuada.

legitimación de todos los miembros en defensa de sus intereses, tanto individuos como asociaciones<sup>(376)</sup>.

En todo caso, el sentido técnico que tiene la legitimación desaparece y se da prioridad a las situaciones en crisis que se alegan en las demandas promovidas. El problema para el interprete será calificar la naturaleza jurídica que tiene el miembro del grupo exponencial, pues puede ser legitimación extraordinaria un sustituto procesal, un representante no convencional etc. Sin embargo, una cosa está clara y es que existe una distancia entre la capacidad de los grupos y la legitimación procesal que se les asigne. Y por ello CALAMANDREI prefirió hablar de legitimaciones por categoría<sup>(377)</sup>.

Como ya se ha dicho anteriormente, el esquema corriente de legitimación reclama, en quién pide la actuación jurisdiccional, varios atributos, a saber, pertenencia del derecho, daño efectivo, y personalmente sufrido, representación suficiente, capacidad procesal y para ser parte etc<sup>(378)</sup>.

---

<sup>376</sup> Vigoriti, Vincenzo..Ob..Interessi Collectivvi..cit..107. Por su parte Almagro Nosete. Ob Estudio...,cit..pág 538, propone que se otorgue legitimación a las Asociaciones de interés general, asociaciones de interés colectivo y asociaciones de grupo o de clase.

<sup>377</sup> Bujosa Vadell. Ob...La protección...cit...pág 266.

<sup>378</sup> Bujosa Vadell. ob.cit..pág 232. Dice además este autor que para tutelar este tipo de intereses se hace necesaria una ampliación de la legitimación, alejándola de referencias a titularidades exclusivamente privadas, otorgándosela a sujetos que,

El problema de este sistema es que ostenta un severo desajuste con la realidad, dicho de en otros términos, provoca en los grupos una manifiesta indefensión que se proyecta a toda la sociedad.

Sobre la tutela o protección de los intereses de grupo, el punto es álgido. La idea en esta materia es que no basta con el reconocimiento de estos intereses, sino que deben ser acompañados de la correspondiente tutela jurisdiccional de los mismos, independientemente de la forma en que la misma se preste. En razón de ello las soluciones dadas son muy diversas y frecuentemente insuficientes por sí solas por lo que deben complementarse y combinarse entre sí<sup>(379)</sup>.

#### **2.8.2.2.6- Propuesta de tutela.**

Se habla de dos tipos de tutela para estos intereses; la primera de ellas la pública <sup>(380)</sup>, se plantea la posibilidad de que sean tutelados por el Estado a través de los medios públicos como puede ser el Ministerio Fiscal<sup>(381)</sup>, el Defensor del Pueblo o un Organismo ad hoc<sup>(382)</sup>. Esto en virtud

---

poniéndose fuera de los condicionamientos de carácter económico y social, estén en disposición de pedir efectivamente la intervención de los órganos jurisdiccionales.

<sup>379</sup> Silguero Estagnan. Ob. La tutela..cit..pág 40.

<sup>380</sup> Bujosa Vadell. Ob..La Protección.cit..pág 238. Dice este autor que lo se pretende con la propuesta de vías de tutela objetiva ajenas a la existencia de situaciones jurídico-subjetivas, es proteger el objeto de este interés y la integridad del ordenamiento jurídico, pretendiendo ajustar la realidad a sus prescripciones..

de que los intereses de grupo han ido tomando gran protagonismo por la evolución de las relaciones entre el Estado y los Ciudadanos, donde hay cada día una fuerte confluencia de la actividad administrativa con la participación social <sup>(383)</sup>.

Algunos consideran que otorgar la tutela al Ministerio Fiscal, presenta inconvenientes por sus ambigüedades en cuanto a su independencia y parcialidad objetiva para asumir voluntariamente representaciones. Por otra parte, mantener la defensa de los intereses difusos en organismos públicos es también inadecuada, y probablemente insuficiente. Y por ello FAIRÉN GUILLÉN opina que es preciso crear, para esa

---

<sup>381</sup> Cappelletti, Mauro. Ob.. Las nuevas dimensiones cit....pág 15. Sostiene el autor que, no obstante lo esfuerzos de la Constitución Italiana que pretende romper con una tradición multiseccular, el Ministerio Fiscal esta siempre muy ligado al Poder Ejecutivo y no es institucionalmente idóneo para erigirse en defensor de intereses, *constitucionales o de otra naturaleza, que a menudo necesitan de protección contra los abusos perpetrados precisamente por órganos políticos y administrativos*. Vid en un sentido parecido Almagro Nosete, J. *Nuevos horizontes del Derecho a la Justicia*. En Consideraciones de Derecho Procesal. Bosch. Barcelona. 1988. Pág 233.

<sup>382</sup> Almagro Nosete. Ob.. Nuevos horizontes cit....pág 242. Refiriéndose el autor a esta Institución sostiene que parte de la doctrina la considera inapropiada para la protección de los intereses de grupo y además deficiente, pues supone negar el *sentido innovativo de estos intereses, no lográndose superar la contraposición público-privado*...En cuanto al defensor del pueblo, dice, se trata de un órgano para remover obstáculos en virtud de las quejas ciudadanas para acceder a la tutela judicial. Y por último destaca la importancia de órganos ad hoc como Federal Trade Commission, norteamericana y otros ingleses.

<sup>383</sup> Montero Aroca...ob....La Legitimación colectiva...cit...pág 51

masa de intereses difusos, una legitimación especial para que puedan actuar en juicio, representando a partes ausentes o desconocidas<sup>(384)</sup>.

El derecho comparado y la doctrina han elaborado alternativas que posibilitan la instauración procesal directa del interesado. Ejemplo de ellos, otorgar la representación a figuras de interés social como el Defensor del Pueblo. En el derecho anglosajón al Private General Attorney, que es una combinación entre Ministerio Fiscal y Defensoría Ciudadana, y finalmente, otra alternativa es asignar legitimación a las asociaciones u organismos igualmente reconocidos para la tutela de los derechos de incidencia colectiva, es decir, entidades que nucleen intereses sectoriales y propician su protección<sup>(385)</sup>.

En cuanto a la tutela colectiva, como se ha dicho anteriormente, el primer presupuesto es que amplíe la legitimación, alejándola de referencias a titularidades exclusivamente privadas. En razón de ello la doctrina se decanta por propugnar una legitimación en sentido amplio, que permita el acceso a la jurisdicción a quién afirme la relación, determinada a través de algunos criterios con el objeto del proceso, normalmente un bien que no sea

---

<sup>384</sup> Fairén Guillén. Ob....Procesos Complejos...cit...,pág 93. Se pronuncia a favor de la legitimación para los defensores privados del interés público y demandantes ideológicos.

<sup>385</sup> Silguero Estagnan Ob.. La tutela.cit.pág 178. Es del criterio el autor que para que se admita la legitimación de grupos, el grupo debe tener un patrimonio jurídico común a sus miembros-ya sea de derechos o de intereses- que justifique su actuación ante terceros.

divisible y tampoco que pueda ser apropiado por alguno de los miembros del grupo, pero también en relación con un conjunto de bienes susceptibles de apropiación individual, aunque cualitativamente ajenos. Dice BUJOSA VADELL que en el primer caso estamos ante la legitimación ordinaria - relación entre el titular inmediato del interés y el bien al que se dirige- y en el otro caso ante una legitimación extraordinaria- quién actúa pone en ejercicio derechos ajenos, procurando indirectamente la satisfacción de un interés propio, derivado de los derechos que se ventilan en el referido proceso-<sup>(386)</sup>.

Y por último, se piensa en la acción popular, como un medio de tutela de intereses difusos que son difíciles de personalizar y tienen la tendencia a ser ajenos a todos los que intentan su protección jurisdiccional, a la tutela judicial efectiva.

#### **2.8.2.2.7- Regulación en España.**

En España, las leyes procesales no contemplan en general la defensa de estos intereses en el proceso. El impulso a que se amplíen los márgenes de la legitimación, tanto de las personas individuales como asociaciones y corporaciones, ha provenido de la aplicación directa del art 24C.E. y del art 7.3 de la L.O.P.J. Esta norma se refiere al reconocimiento de legitimación a corporaciones, asociaciones y grupos que resulten

---

<sup>386</sup> Bujosa Vadell..Ob.. La protección.cit...pág 276.

afectado<sup>(387)</sup> o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción. Por otra parte, el art 31.2 de la ley 30/92, de Procedimiento Administrativo Común, dispone, en el ámbito del procedimiento administrativo previo a la vía contenciosa, que las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.

El art 7.3 LOPJ, en materia de legitimación de grupos es una declaración general con un gran potencial interpretativo transformador de las limitaciones legitimadoras, sin embargo, opina BUJOSA VADELL, presenta insuficiencias por las enormes dificultades prácticas de aplicación concreta dada su falta de concreción<sup>(388)</sup>. Y es que se debe recordar que las principales cuestiones que se plantean en la legitimación colectiva de un

---

<sup>387</sup> Bujosa Vadell. Ob...La protección....cit...pág 305. Dice el autor que la novedad, está en la expresión grupo que resulte afectado, grupo que no tiene personalidad jurídica y parece que no exige que esté necesariamente dotado de organización.

<sup>388</sup> De la Oliva Santos/Fernández. Ob. Derecho Procesal Civil.. T I. cit..., pág 421. Dice que el precepto es confuso y está dirigido, más que al legislador, a los Tribunales para que otorguen ad causam la legitimación, lo que puede ser contrario a la seguridad jurídica. Además propone una reforma del CC y demás leyes sustantivas, por cuanto se da una ruptura de la dualidad personas físicas y jurídicas como posibles sujetos procesales, y un cambio indirecto en la capacidad para ser parte. Por su parte Bujosa Vadell. Ob..La protección cit..., pág 307. Los problemas que presenta el art 7.3LOPJ, es que por su gran abstracción e indeterminación no prevé, ni siquiera mínimamente, cuestiones referidas a la capacidad, representatividad del actor, publicidad del proceso, emplazamiento de los interesados, posibilidad de interponer una reconvención, o carga de la prueba o eficacia subjetiva de la sentencia etc.



grupo se refieren, por un lado, a problemas de capacidad , y, por otro, a la cuestión de quien deba entenderse como la persona adecuada para actuar en el proceso de defensa de todo el grupo afectado.

Comentando estas disposiciones GONZÁLEZ CANO, y refiriéndose en concreto a los intereses colectivos, dice que no parece razonable que el art 7.3 de la LOPJ sólo exige habilitación legal, y el art 31.2 de la Ley 30/92 exija o se refiera a una fórmula más restringida. Por lo que, la habilitación debe ser entendida como reconocimiento legal expreso para la representatividad de los intereses colectivos<sup>(389)</sup>.

La nueva L.J.C.A. en el art.19 otorga legitimación activa a los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos. Las considera aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas. Con norma se están solucionando en la legislación española los problemas antes apuntados.

### **2.8.3-LEGITIMACIÓN INSTITUCIONAL. Ministerio Fiscal-Defensor del Pueblo-Ayuntamientos.**

También desde una visión amplia del ordenamiento jurídico, la legitimación se extiende desde la que se otorga al titular de una determinada situación jurídica sustancial violada, hasta la que se concede al

---

<sup>389</sup> González Cano, María Isabel. *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997. Pág 115.

Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo, como portadores y defensores del interés público<sup>(390)</sup>. A este tipo de legitimación la doctrina la llama legitimación institucional<sup>(391)</sup>.

#### **2.8.3.1- Legitimación del Ministerio Fiscal.**

Al Ministerio Fiscal se le concede legitimación para intervenir en virtud de que es un órgano que tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por ley, ya sea de oficio o a petición de los interesados. Así como también velar por la independencia de los Tribunales. A pesar de todo es una institución que se ha criticado mucho por tener una naturaleza jurídica de carácter muy difuso y además por encontrarse muy llena de funciones<sup>(392)</sup>.

---

<sup>390</sup> Calamandrei citado por Cordon Moreno, Faustino. Ob..De nuevo sobre la legitimación cit..., pág 47, dice que con el transcurso del tiempo se esta dando una progresiva atenuación del derecho subjetivo y predominio cada vez más decisivo del interés público en la observancia del derecho objetivo.

<sup>391</sup> Moreno Catena/Cortés Domínguez/Gimeno Sendra. Ob. Derecho Procesal .cit..pág 105, sostiene que la legitimación institucional es derivada del interés general que se otorga por parte del ordenamiento para la defensa de intereses que trascienden del interés propio de quién comparece en el proceso... Por su parte Montero Aroca. Ob. La legitimación....cit...pág 53, dice que es una legitimación que responde a motivos meramente políticos. y la ubica dentro de los casos de legitimación extraordinaria. Almagro Nosete/Tomé Paule. Ob..Instituciones...cit...pág 218, la llaman legitimaciones amplias de carácter especial por razones de interés general.

<sup>392</sup> Jiménez-Blanco, Antonio. *Relevancia Constitucional del Ministerio Fiscal*. AA.VV.Poder Judicial. I.E.F.. Madrid. 1985. Vol II. pág 1638

### **2.8.3.2- Legitimación del Defensor del Pueblo.**

En cuanto al Defensor del Pueblo, se le concede la legitimación en virtud de estar configurado como un alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos. La doctrina dice que su papel está circunscrito a la litigiosidad, como valedor de los derechos fundamentales. En España, dice GIMENO SENDRA, se encuentra en una situación de sustitución por cuanto actúa de un lado en nombre del derecho fundamental infringido y de otro lado la sociedad que impone a los poderes públicos el respeto de los de derechos fundamentales<sup>(393)</sup>.

### **2.8.3.3- Legitimación de los Ayuntamientos-**

Dentro de la legitimación institucional se puede incluir la legitimación que se concede en algunos ordenamientos a los Ayuntamientos para la defensa de su autonomía y otros intereses.

A diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos, y particularmente en Alemania, en España el derecho a la Autonomía no va acompañado de un derecho reaccional que abra a los entes locales una vía ante la Jurisdicción Constitucional<sup>(394)</sup>.

---

<sup>393</sup> Gimeno Sendra/Cascajo Castro. *El recurso de Amparo*. Tecnos. Madrid. 1984. Pág 101. Cfr. Importante obra de Fairén Guillén, Victor. *El Defensor del Pueblo-Ombudsman*. C.E.C. Madrid. Vol I 1982. Vol II. 1986.

La intervención de las entidades locales en los distintos procesos de conocimiento del Tribunal Constitucional sigue siendo hoy en día insatisfactoria. El art 63.3 L.R.B.R.L dice que “ las entidades locales territoriales estarán legitimadas para promover en los términos del art 119 de esta ley, la impugnación ante el Tribunal Constitucional de leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuando se estime que son éstas las que lesionen la autonomía constitucionalmente garantizadas..” No se trata, por tanto, de reconocer legitimación para impugnar directamente una norma legal inconstitucional (lo que sería improcedente, pues infringiría el art. 162,1,a), de la Constitución), sino legitimación para promover la impugnación directa por quienes están legitimados a tenor del art 162,1,a) de la Constitución <sup>(395)</sup>.

Lo que realmente no supone que las Entidades Locales gocen de una posición más firme que los particulares cuando se trate de defender la autonomía. Lo que ostentan es una capacidad de promoción. Así vemos, que el art. 63.3 de la citada ley faculta a las entidades locales para promover la impugnación en los términos del art 119. Este art 119, dice “.. La comisión podrá solicitar de los órganos constitucionalmente legitimados

---

<sup>394</sup> González Beilfuss, Markus. *El Recurso de Amparo Municipal en la República Federal de Alemania*. En Anuario del Gobierno Local. Marcial Pons. Madrid. 1997.Pág 291.

<sup>395</sup> Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge. *Autonomía Local y Procesos Jurisdiccionales: El Problema de la Legitimación*. Anuario de Gobierno Local. Marcial Pons. Madrid. 1997.Pág 270.

para ello, la impugnación ante el Tribunal Constitucional de las leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que estime lesivas para la autonomía local, garantizada constitucionalmente....”

Esta misma solicitud podrá realizarla la representación de las entidades locales en la Comisión. (Se refiere a la Comisión Nacional de Administración Local que crea el art. 117). Por tanto, la entidad local, en lugar de acudir directamente al órgano legitimado en solicitud de que formule recurso de inconstitucionalidad (lo que siempre podrá hacer, al igual que cualquier otra persona), acudirá a la Comisión de Administración Local.

Parece que el fundamento del establecimiento de esta instancia intermedia para pedir que se incoe un proceso de inconstitucionalidad frente a una norma con rango de ley, no es otro que la confianza en que, canalizada la petición a través de este órgano, existen más probabilidades de que prospere, si en ella se aprecia la existencia de razones suficientes para fundar la pretensión de inconstitucionalidad.

En cuanto al recurso de Amparo, el T.C. ha sido muy claro en establecer que el principio de autonomía local, también formulado en el art 137C.E. se halla notoriamente al margen del catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (vid ATC 583/83), y en consecuencia, el recurso de amparo no está abierto a los municipios para la defensa de la autonomía ( Vid ATC 269/83).

En lo que se refiere a la doctrina dictada en la STC 19/83, que reconoció legitimación a la Diputación Foral de Navarra, para interponer un recurso de amparo por violación del Derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art 24 CE, la misma sigue vigente. Sin embargo, el TC, se ha encargado en resoluciones posteriores (v.gr.ATC 139/85), de manifestar “.....que no se puede extender el amparo hasta permitir que, a través de él, puedan los poderes públicos reaccionar frente a resoluciones judiciales que, invalidando sus actos, hayan afectado también de cualquier modo a los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que se desvirtúa la naturaleza del recurso de amparo y se privaría también de fundamento a la legitimación institucional reconocida por la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal....”

Con la citada resolución y otras sentencias ( 257/88, 197/88) se cierra la posibilidad de llegar a establecer que en los supuestos como los garantizados en el art 23 CE se podía entender, que no había dificultad en admitir la legitimación de entes locales de base democrática para interponer un recurso de amparo. Con la última sentencia dictada el TC, establece que “ ...el derecho a la tutela judicial efectiva de los órganos o personas públicas queda así limitado- y con ello la doctrina de la STC 19/83- a la normal reivindicación del derecho fundamental propio o, todo lo más, a la posición jurídica subjetiva previamente reconocida por el legislador ordinario.....”<sup>(396)</sup>.

---

<sup>396</sup> Rodríguez-Zapata, Jorge. Ob.. Autonomía...cit..pág 289. Comenta el autor que no se puede llegar a otra conclusión de que la autonomía municipal aparece

## 2.9- LEGITIMACIÓN, CAPACIDAD Y TITULARIDAD.-

### 2.9.1-Legitimación y Capacidad.-

En primer lugar hay que distinguir entre legitimación y capacidad, conceptos que aparecen la mayoría de las veces relacionados. La distinción no ha sido nunca muy clara. en virtud de la utilización del término “*legitimación ad processum*”, para referirse a la capacidad de obrar procesal o bien, porque alguna parte de la doctrina reduce la legitimación a un requisito que presupone la condición de parte, y por consiguiente la capacidad <sup>(397)</sup>.

Y es que no basta ser dueño del derecho subjetivo, ni alcanza con fundar adecuadamente el interés que se reclama. Para postular es preciso, además, tener capacidad para hacerlo, de manera que por esa actitud tendrá posibilidades de actuar como lo pretende.

---

extramadamente débil desde la perspectiva de la tutela subjetiva o reaccional ante el TC.

<sup>397</sup> Couture, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal*. Depalma. Buenos Aires. Vol III. III Edición, 1989 pág 215. Distingue este autor entre capacidad para ser parte, que es la equivalente a la capacidad jurídica y la tienen todos los que tienen aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones. Capacidad procesal equivalente a la capacidad de obrar, de actuar, de un modo genérico en el proceso y la ostentan quienes se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos. y legitimación que es la capacidad para actuar en un proceso concreto, distinguiéndose dentro de esta última, la *legitimation ad procesum* que es la actividad del órgano jurisdiccional y la *legitimation ad causam* que es la cuestión de fondo, relativa al derecho con que se litiga.

La idoneidad para ser sujeto de derechos es diferente de la condición para disfrutarlos, por que bien puede una persona ser capaz de derecho, pero no de hecho, lo que significa ser titular de un atributo jurídico, pero no poder reclamarlo sin intervención de sus representantes capaces.

Ahora bien, es pacíficamente aceptado que la idea de capacidad se desenvuelve en dos ámbitos. Por un lado lo que se denomina tradicionalmente capacidad de derecho, que significa la idoneidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, o bien capacidad de goce o capacidad para ser titular de derechos, y por otro lado, se infiere el concepto de capacidad de ejercicio o capacidad de actuar que supone la facultad de poder ejercitar el propio sujeto esos derechos y deberes de los cuales es titular.

En concreto, si bien toda persona puede tener legitimación para actuar en una causa, ella misma quizá, no tenga la capacidad para estar en juicio. Mientras en la legitimación el tema vincula relaciones entre sujetos, y entre el sujeto con el interés que quiere tutelar, en la capacidad nos referimos a una aptitud legal señalada a través de disposiciones materiales. CORDÓN MORENO<sup>(398)</sup>, distinguiendo a partir de cuatro criterios (jurídico-natural, relativo-absoluto, especial-general y eficacia-validez), dice que la capacidad es la cualidad natural, absoluta y autónoma, general y común para todo tipo de negocios desplegando su influencia sobre la validez<sup>(399)</sup>. Y

---

<sup>398</sup> Córdón Morón. Ob....Reflexiones sobre legitimación..... cit..., pág 307.



la legitimación hace referencia a una situación jurídicamente calificada del sujeto relativa al objeto, acto o negocio, especial para uno o varios actos con influencia generalmente sobre la eficacia.

Precisamente, la mayor confusión existente entre legitimación y capacidad es el nexo que se quiere tratar con el concepto de parte, otorgándole a éste un carácter sustancial o vinculado con la pertenencia del derecho subjetivo que, en realidad, nada tiene que ver<sup>(400)</sup>.

En todo caso, la capacidad para ser parte, como luego veremos, proviene de normas materiales, en el sentido de capacidad de goce o disfrute, pero la capacidad para actuar depende de los presupuestos procesales<sup>(401)</sup>.

---

<sup>399</sup> Ocaña Rodríguez, A. Ob. Partes y Terceros, cit..., pág 17. Dice el autor que la capacidad es un requisito de validez para la adecuada constitución del proceso y para su válida prosecución y desarrollo.

<sup>400</sup> González Pérez, J. Ob. Derecho Procesal...cit...pág 107. Es importante mencionar que la legitimación debe ser considerada como una figura del todo diversa a la capacidad, capacidad es un término que hace referencia a cualidades intrínsecas y abstractas del sujeto, intrínsecas pues el derecho las reconoce a los sujetos por los intereses generales de que estos son portadores y sin referencia alguna a intereses externos, abstractas, pues son acordadas al sujeto en vía preventiva, sin referencia efectiva a determinado acto, tienen, esto, carácter potencial. La legitimación, en cambio, designa una determinada posición del sujeto que tiene relevancia jurídica en relación a los presupuestos de hecho de ciertas normas. Ella se refiere a la posición de sujetos determinados con referencia a particulares relaciones jurídicas o a definidas situaciones jurídicas. Más precisamente, con referencia al objeto o al otro sujeto del acto o de la relación. En el proceso constitucional dice el mismo autor la legitimación se reconoce a determinados órganos del Estado o determinados titulares de los mismos, se presupone la capacidad de los mismos.

## **2.9.2- Legitimación y titularidad.**

Por su parte la titularidad, a pesar de ser diferente de la legitimación, en muchas ocasiones el ordenamiento concede la legitimación en base a la titularidad, porque en algunos casos la legitimación corresponde al titular de la relación jurídica, pero como la titularidad de un derecho subjetivo o de las relaciones jurídicas del derecho material no es la única causa de legitimación, como ya hemos visto anteriormente, no deben ser confundidas.

## **III.- LOS INTERESES Y LOS DERECHOS COMO PRESUPUESTOS DE LEGITIMACIÓN.**

### **3.1- Legitimación e Interés.**

Muchas acepciones guarda el término interés, algunos lo consideran impreciso, sin embargo se le debe entender como un elemento que se ubica entre un sujeto y un bien conectándolos<sup>(402)</sup>.

---

<sup>401</sup> Serra Domínguez. Ob. Precisiones..cit..pág 68. En principio las personas físicas son las únicas que tienen capacidad suficiente para actuar en juicio, por que las personas jurídicas deben hacerlo a través de sus representantes legales.

<sup>402</sup> Un estudio profundo sobre el tema se puede ver en Bermejo Vera, José. *El interés general, como parámetro de la Jurisprudencia Constitucional*. R.V.A.P. Vol 10 Sep-dic 1984. Pág 104. Comenta el autor que es una expresión multifuncional y polivalente, que se utiliza mucho por la doctrina y jurisprudencia. La cualidad del mismo es su politicidad inmanente y la que convierte a su vez en

Pero el problema estriba en precisar en que consiste la referida relación y en virtud de ello nos encontramos ante dos posiciones. La primera de ellas, la concepción objetiva que destaca la posición del sujeto sobre el objeto(defendida por Guasp en España) <sup>(403)</sup> y la subjetiva que valora el interés como medio e instrumento para realizar un fin propio o ajeno (defendida por Vigoriti en Italia) <sup>(404)</sup>.

Pero en definitiva, lo que se debe tener en cuenta es que el interés se trata de un nexo entre un sujeto y un objeto por el que se pretende evitar algún perjuicio u obtener algún beneficio.

Ahora bien, los intereses deben ser armonizados, estableciéndose jerarquías entre unos y otros y por supuesto mecanismos para resolver los conflictos de intereses que se puedan producir. Estos se producen cuando dos o más personas enfocan su relación en un objeto determinado y por ello se propugna la idea de un proceso<sup>(405)</sup> como un instrumento destinado a resolver conflictos de toda clase.

---

instrumento útil desde la perspectiva jurídica. Sin embargo, no deja de ser un concepto de valor jurídico indeterminado

<sup>403</sup> Guasp, Jaime. *La pretensión procesal*. Civitas. Madrid. 1981, pág 25. Al respecto dice el autor que cualquier bien de la vida puede ser objeto de las relaciones entre los miembros sociales y se conoce como interés la posición en que los hombres se ubican en referencia a tales bienes.

<sup>404</sup> Bujosa Vadell Ob La protección ..cit..pág 26

### 3.1.1.-Interés Jurídico.-

Continuando con el mismo discurso, la relación valorativa que un ordenamiento determine que se debe reconocer y amparar, el interés que así haya sido acogido será un interés jurídicamente protegido y por consiguiente un interés jurídico. Debiendo entenderse por interés jurídico, la satisfacción particular de esa necesidad reconocida con carácter general por la norma<sup>(406)</sup>.

Sin embargo no está claramente establecido qué criterio se tomó en cuenta para decir qué intereses pasan a formar la categoría de los derechos subjetivos y cuales no. CARNELUTTI decía que, cuando la prevalencia de un interés sobre el interés opuesto es actuada sólo mediante la imposición de

---

<sup>405</sup> Guasp, Jaime. Ob... La pretensión procesal cit...,pág 33. Tradicionalmente, el proceso, independientemente de la materia sobre la que verse, fue entendido como un instrumento de actuación (protección, tutela) de los derechos públicos subjetivos de los particulares. La existencia del proceso responde a la necesidad de que aquellos derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico concede, pero que en la práctica no son respetados, encuentren un medio de realización de suficiente garantía. Es así como, durante largo tiempo, se ha tenido una concepción del proceso estrictamente ligada a la concepción del derecho subjetivo material. Respondiendo a los inconvenientes que esta tesis presenta, pues no siempre el objeto de la tutela del proceso son derechos subjetivos en sentido estricto, se ha presentado la necesidad de buscar la verdadera causa generadora del proceso, o de ampliar su fundamento a través de una concepción más amplia y más apegada a la realidad sobre lo que debe ser el objeto de tutela del proceso.

<sup>406</sup> Pedraz Penalva, E. *Constitución, jurisdicción y Proceso*. Akal. Madrid. 1990, pág 169, define al interés jurídico como un interés estático, en cuanto reconocido por el derecho material, que conlleva la pretensión de su satisfacción social. Vid también Guasp. Ob.. La pretensión cit..., .pág 29. Lo frecuente dice el mismo autor es que se exija un determinado nexo entre los sujetos y el objeto del proceso para que aquellos estén habilitados para ser partes legítimas o legitimadas.

una obligación, se trataría de un interés legítimo y cuando lo era mediante la atribución de un poder a la voluntad del titular del interés prevalente se trataría de un derecho subjetivo.

Pero es a partir de GARCÍA DE ENTERRÍA dice ALEJANDRO NIETO, donde se restablece la unidad dogmática del objeto protegido por la acción procesal, al reconducir los derechos e intereses en torno a la tutela jurisdiccional, a través de la noción, de origen alemán reelaborada en España, de *derechos reaccionales e impugnatorios*<sup>(407)</sup>.

### **3.1.2-Interés Público.**

También hay que distinguir otras situaciones en las que el individuo no tiene una relación tan directa con el objeto de estos intereses, como por ejemplo los intereses generales en los cuales se ubica como sujeto toda la comunidad<sup>(408)</sup>.

El orden público, el bienestar general expresan esos otros intereses que no se personifican en las defensas de partes que litigan por un derecho propio.

---

<sup>407</sup> Nieto, Alejandro. *La discutible supervivencia del interés directo*. R.E.D.A No 12. 1977. Pág 40.

<sup>408</sup> Almagro Nosete, ob..Constitución y Proceso...cit..pág 185. Los intereses generales son los que conciernen a una comunidad o colectividad de manera que, la satisfacción de las necesidades o conveniencias que los explican repercutan en beneficio de todos los individuos que componen esa colectividad y que normalmente comportan limitaciones o sacrificios impuestos a intereses individuales.

El caso del interés público muestra cómo se corta el nexo entre sujeto y el objeto, y de qué manera logran capturarse en los presupuestos de admisibilidad del proceso. El interés público no necesita de representaciones precisas. Basta con invocarlo por toda persona que tutele una nueva situación jurídicamente relevante o de interés suficiente para dar atención jurisdiccional, aunque ello no le basta para lograr legitimación.

Sin embargo, la legitimación es una valla de contenido político en lo contencioso administrativo, pues limita las personas que pueden discutir con el Estado.

De todos modos, es indudable que en la evolución del derecho administrativo, se ha montado un sistema efectivo de control judicial de los actos de la administración pública, que ampara derechos subjetivos y una categoría nueva, producto de su misma evolución, que se denomina interés legítimo. Se introduce así el interés legítimo en el marco de los derechos disponibles de la persona con posibilidades reales de intentar su defensa judicial. La característica es que no son exclusivos y excluyentes, como el derecho subjetivo, sino, antes bien, compartidos y concurrentes<sup>(409)</sup>.

En todo caso hoy en día se ve a la función jurisdiccional, no sólo como garantizadora, sino también que está adquiriendo un papel político al

---

<sup>409</sup> Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. T II. Editorial Macchi. Buenos Aires. 1975. Pág 15.

eliminar los obstáculos para la satisfacción de intereses o evitando que el interés público se realice dañando otros intereses prevalentes <sup>(410)</sup>.

### **3.2-Las diferentes situaciones legitimantes. Derechos subjetivos, intereses legítimos e interés directo.**

Como se ha dicho anteriormente, la doctrina ha establecido una escala jerárquica con los diferentes intereses protegidos que representan las diversas situaciones jurídicas. El particular siempre se puede encontrar, como titular de un derecho subjetivo, como titular de un interés que puede resultar lesionado por una determinada actuación del Estado, que le perjudica y a lo que se llama interés legítimo o como un mero interesado<sup>(411)</sup>. El problema surge cuando se deben analizar las consecuencias jurídicas, si derivan de una protección directa, menos intensa que en los derechos subjetivos, si es un simple efecto reflejo del derecho objetivo, o por el contrario funcionan simplemente como instrumento para poner en marcha la justicia.

---

<sup>410</sup> Bujosa Vadell. Ob. La Protección ...cit..pág 55

<sup>411</sup> Nigro, Mario. *Interessi di Fatto, Interessi Semplici, Interessi Difussi*. Estratto da G.A. Bologna. Il Mulino. 1976. Pág 113. Dice este autor que “..Gli interessi privi di qualunque protezione si denominano interessi di fatto perché il diritto non assume posizione verso di essi e li lascia alla loro sorte...”

### 3.2.1- El derecho subjetivo

En primer lugar aparece el derecho subjetivo que representa el interés más alto, como se ha dicho, la característica principal del derecho subjetivo es que la protección y la tutela jurídica del interés se hallan atribuidas a la disposición del sujeto, el titular del mismo es quién tiene la facultad de ejercitarlo y de exigirlo si lo considera violentado<sup>(412)</sup>.

GONZÁLEZ TREVIJANO dice que, para hablar con propiedad del derecho subjetivo, se deben reunir tres características. En primer lugar la existencia de un poder jurídico o facultad reconocida por el ordenamiento a un determinado sujeto, posibilitando a éste el disfrute real y eficaz de aquél, a estas posibilidades de ejercitar el derecho se les llama facultades, las cuales se desglosan en la facultad de obrar del titular del derecho subjetivo, correcta y válidamente, gracias a la atribución concedida por aquél y la facultad de exigir a los demás un determinado comportamiento pudiendo exigirlo ante los propios tribunales de justicia. En segundo lugar que se

---

<sup>412</sup> González Trevijano, Pedro. *La legitimación en el recurso de amparo. Los interesados legítimos*. R.D.P. No 98. 1985. Pág 31. También la doctrina civilista, entre ellos Díez Pícaso y Federico de Castro. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos. Vol 1, pág 470. Sostienen que la calificación del derecho subjetivo va íntimamente ligada a la de poder, así el derecho subjetivo es la situación de poder concreto concedido a la persona como miembro activo de la comunidad, y no existen solamente porque se ejercitan ante los Tribunales o porque ponen en marcha sanciones, sino también porque su tenencia se convierte en una causa de justificación de una serie de actos que en otro caso serían ilícitos, y por que por el hecho de ser subjetivos, son justos. Garrido Falla, Fernando. *Art 53 de la Constitución*. R.E.D.A. No 21.1979. Pág 177 dice que lo que viene cabalmente a establecer es el distinto tratamiento jurídico que unos y otros derechos subjetivos tienen desde el definitivo ángulo de las garantías jurídicas que a unos y otros le corresponden.



encuentre institucionalizado por el mismo ordenamiento, éste es el que configura el contenido de los derechos y da las facultades para la existencia y desarrollo de los mismos, delimitando el campo de actuación y exigibilidad. Y por último, la independencia de la situación jurídica en que se presenta<sup>(413)</sup>.

### **3.2.1.1- La Evolución del Derecho Subjetivo.**

Muchos autores ven los principios conceptuales del término derecho subjetivo en el Derecho Romano, donde éstos hacían referencia a la *facultas agendi* en contraposición a las *normas agendi* que era la esencia del derecho objetivo. De aquí surgieron las definiciones modernas del derecho subjetivo, como facultad de actuar y querer, señorío de la voluntad protegido por el ordenamiento jurídico, cuyo principal expositor fue SAVIGNY. Por ello, dice CASTÁN<sup>(414)</sup>, este término es una consecuencia facilitada por el pensamiento filosófico, referido a la conciencia y a la voluntad. Sin embargo, a pesar del desarrollo que le pudieran haber dado los romanos, fue la Escuela Pandectística alemana la que le dio fuerza, forma y contenido al concepto.

Sobre este concepto existen muchas interpretaciones, sin embargo, es una institución que se encuentra en crisis, y dos escuelas representadas

---

<sup>413</sup> González Trevijano, Pedro. Ob. La legitimación...cit...pág 31

<sup>414</sup> Cfr. Castán, J. *El concepto del derecho subjetivo*. R.D.P. No 281. 1942.

por grandes juristas, han dado sus opiniones en contra del término. El primero de ellos, el Francés DUGUIT y su escuela del sociologismo, sostiene que el derecho subjetivo es inexistente, pues la solidaridad como factor de conciencia que tiene el hombre, lleva a la existencia de la norma objetiva que es una regla de ordenación social. Esta rige las conductas humanas entendidas como coordinación interindividual que forma el grupo social. Estas normas son de carácter finalista e imponen a los sujetos ciertos actos u omisiones dejándose por consiguiente intocable la esencia del querer humano, por lo tanto lo único que existe para este autor es el derecho objetivo. DUGUIT sustituye el concepto de derecho subjetivo por el de situaciones jurídicas subjetivas, en virtud de la ley y dentro de ésta, como prerrogativas de los particulares en las prestaciones recíprocas que son actos jurídicos subjetivos posibilitados por el orden objetivo en aras del orden social. En concreto, el hombre, por consiguiente, no tiene derecho a su iniciativa y su deber gira en torno a la libertad funcionalmente útil<sup>(415)</sup>.

Por otro lado, la escuela Vienesca, representada por el maestro Kelsen, cuya concepción parte del encuadre monista, y normativista del derecho subjetivo, el cual resulta inexistente como categoría independiente del derecho objetivo. De esta forma el derecho subjetivo se reduce al

---

<sup>415</sup>Cfr. Duguit, León. *Traité de droit constitutionnel*. 3 Edición 1927. Págs 200-315. Vid Nieto, Alejandro. Prólogo de la obra de Sánchez Isacc. Ob.. El interés... cit...pág 49. Dice este autor que Duguit se cuestiona a que viene la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo. Y dice que hay o no hay protección y todo lo demás son puros verbalismos.

alcance individual del contenido de una norma objetiva. Para Kelsen, el derecho subjetivo es el deber jurídico cuando está a la disposición del sujeto el precepto que impone el cumplimiento de algún deber normativo, siendo intrascendente el carácter social o la solidaridad de los semejantes, esto pertenece al mundo de los simples deseos <sup>(416)</sup>.

También la doctrina italiana, ha hecho críticas al concepto de derecho subjetivo y al respecto, el profesor GARRIDO FALLA dice que los enfoques críticos del derecho subjetivo hay que verlos desde tres puntos de vista diferentes, el primero del derivado de su tratamiento ideológico individualista, el segundo como producto de la revisión profunda de la técnica del Derecho público que realiza la escuela realista de Francia y el tercero como efecto de toda revisión del concepto realizado por la doctrina moderna que penetra en la naturaleza de tales derechos <sup>(417)</sup>.

El profesor QUIROGA LAVIE <sup>(418)</sup>, inicia un trabajo que dedica al estudio de los derechos públicos subjetivos, con una breve reseña acerca del

---

<sup>416</sup> Kelsen, Hans. Ob... Teoría General...cit...pág 139.

<sup>417</sup> Garrido Falla, Fernando. *La tres crisis del derecho subjetivo*. En estudios dedicados al profesor García Oviedo. Sevilla 1954. pág 176. Dice el autor que los italianos, definen al derecho subjetivo como el producto del mandato contenido en una norma, no contendrá ningún poder, y será diferente del interés protegido por la norma, en tanto, éste representa únicamente el instrumento final de la protección del Derecho objetivo, oponiéndose con ello al concepto tradicional que busca en el interés jurídicamente protegido la esencia de su naturaleza y en el poder conferido al sujeto receptor la manifestación objetiva de ese derecho.

desenvolvimiento de éstos como objeto de protección en el derecho público. Señala el mencionado autor que a partir del nominalismo individualista de OCCAN, HOBBS y DUNS SCOTTO, nace un concepto de individualismo absoluto e ilimitado en cuyo ambiente se desenvuelve lo que hoy conocemos como derecho público. Se entiende que el fin de esta rama del derecho es la protección del individuo frente al Estado, pero de ninguna manera la protección de lo público en sí mismo. Afirma el autor, que como consecuencia de esta concepción individualista, nace un derecho público que se rige por los principios del derecho privado, sin especificar sus propios principios.

Hasta IHERING no se produce un giro en la forma de concebir la noción de derecho subjetivo en el derecho público. IHERING retoma un estudio hecho por GERBER<sup>(419)</sup> en 1852, y en el que sienta las bases de lo que será la teoría de los derechos públicos subjetivos<sup>(420)</sup>.

---

<sup>418</sup> Quiroga Lavie, Humberto. *Actualización doctrinaria de la teoría de los Derechos Públicos Subjetivos*. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Editorial UNAN. 1986. pág 623.

<sup>419</sup> Esteban Drake, Antonio. *El Derecho Público Subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Editorial Cívitas. Madrid. 1981. Pág 32. La formulación doctrinal original, dice Antonio Esteban, fue dibujada por Gerber, pero su explicación definitiva se debe a Jellinek, para quién el ciudadano, como miembro del Estado, se presenta en relación a ésta en diferentes situaciones jurídicas que han de ser protegidas y reconocidas para la defensa y tutela de los derechos del ciudadano. Tales situaciones como antes mencionamos, son el status subjectionis, status libertatis, status civitatis y activae civitatis. Vid una explicación amplia de los

### 3.2.1.-Los derechos públicos subjetivos.

La admisión de los derechos públicos subjetivos es una consecuencia del advenimiento del Estado de Derecho, puesto que, en las épocas anteriores, las relaciones entre el Estado y los ciudadanos no presentaban carácter jurídico y por tanto, no podía hablarse de derechos públicos subjetivos<sup>(421)</sup>.

Producto del desarrollo de la doctrina de los derechos subjetivos, son los llamados derechos públicos subjetivos, categoría de derechos que nace con el impulso del constitucionalismo y de los derechos fundamentales de las personas. El sujeto particular tiene frente al Estado una serie de derechos por sus actos u omisiones que comportan una afectación al ámbito de su libertad. Surgen de la relación entre el Estado y el particular, donde el primero actúa como poder público, y ejerce todas las potestades propias de dicho poder. Estos derechos son una consecuencia del advenimiento del Estado de Derecho al campo de las relaciones administrativas. En cambio los derechos subjetivos privados quedan desarrollados en el esquema de las relaciones entre particulares. Los

---

Status de Jellinek en Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. C.E.C. Madrid. 1993. Pág 247 a 261.

<sup>420</sup> Lucas Verdú, Pablo. Ob.. Curso de Derecho Político.... Cit...., Vol III, 1976. pág 72.

<sup>421</sup> Cazorla Prieto, Luis María. *Temas de Derecho Administrativo*. Madrid. Impresiones Fábrica Nacional de Moneda. 1979. Pág 198.

derechos subjetivos públicos de las personas son aquellos derechos derivados inmediatamente de la Constitución, que, por la trascendencia de su contenido, es la inmediatez la nota que los distingue. Para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, los derechos públicos subjetivos son, con otra denominación, los derechos fundamentales<sup>(422)</sup>.

La teoría de los derechos públicos subjetivos implica la afirmación de que el individuo posee una esfera de acción inviolable, en cuyo ámbito no puede entrar el poder público. En el fondo, los derechos públicos subjetivos presuponen el derecho fundamental de la libertad, entendida ésta en su doble vertiente de poder autónomo de ser y obrar en la esfera privada(libertad civil) y en la esfera pública (libertad política)<sup>(423)</sup>.

---

<sup>422</sup> Gimeno Sendra Vicente/ Garberí Llobregat, José. *Los Procesos de Amparo*. Editorial Colex. Madrid. 1994. pág 24. Dicen estos autores que, en virtud del surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, ha ocurrido que entre todos los derechos subjetivos de los que los sujetos pueden ser titulares existen algunos calificados como fundamentales, las cuales se consideran inherentes a la condición humana de persona y a la condición política y social de ciudadano, sin cuyo reconocimiento no se podría hablar de un Estado de Derecho. En igual sentido pareciera expresarse Garrido Falla, Fernando. Ob..Art 53 de la Constitución. cit...., Pág 177, al decir que el art 53 de la CE lo que viene cabalmente a establecer es el distinto tratamiento jurídico que unos y otros derechos subjetivos tienen desde el definitivo ángulo de las garantías jurídicas que a unos y otros se conceden. La sustancia de estos derechos no radica en la creación de ellos por el legislador, sino en el reconocimiento que de ellos se hace, toda vez que tales derechos acompañan al hombre por su condición de tal. También el Tribunal Constitucional en la sentencia 245/91 del día 16 de diciembre dice "...que los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva..."

A partir de este momento lo que se busca es la protección de la objetividad de la cosa común, debiendo entenderse el derecho subjetivo no como un beneficio a favor de su titular, sino como una multitud de lazos que engendran ventajas y cargas en relación a destinatarios múltiples<sup>(424)</sup>.

El autor que más contribuyó al desarrollo doctrinal de la teoría de los derechos públicos subjetivos fue JELLINEK<sup>(425)</sup>. Este, en una conferencia dada en la Sociedad Jurídica de Viena en 1889, elabora un sistema de los derechos públicos subjetivos basando su explicación en WINDSCHEID. JELLINEK refiere los derechos públicos subjetivos al uso de la voluntad, permite el uso de la libertad natural en las relaciones con los demás individuos. A la par de esta autorización, el orden jurídico otorga un poder, en el sentido de una capacidad para la acción. El derecho subjetivo privado contiene ambos, tanto una autorización del orden jurídico como una concesión de capacidad, mientras que los derechos subjetivos públicos solo contienen una concesión de capacidad, una ampliación de la libertad natural otorgada por el Estado, que por medio de ella se autolimita.

---

<sup>423</sup> Reale, Miguel. *Introducción al Derecho*. Madrid. Ediciones Pirámide. 3 Edición, 1979, pág 208.

<sup>424</sup> Quiroga, Lavie. Ob. Actualización...cit...pág 623.

<sup>425</sup> Julio Estrada, Alexei. *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*. Temas de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales. Bogotá. 1997. Pág 48.

Para JELLINEK, dice el profesor LUCAS VERDÚ, los derechos públicos subjetivos se basan sobre normas jurídicas que conceden una potestad. Consisten desde un punto de vista formal, en pretensiones jurídicas que derivan de las calificaciones concretas de la personalidad. Desde el punto de vista material, derecho público subjetivo es el interés individual reconocido preferentemente por el interés general<sup>(426)</sup>.

Para terminar, debemos decir que la defensa de los derechos públicos subjetivos ha quedado sujeta a la implementación procesal de la acción privada y ésta ha probado ser insuficiente para abarcar todas las situaciones que deben formar parte del ámbito de protección del derecho público.

### **3.2.1.3- El momento actual de la teoría de los derechos públicos subjetivos.**

Parte de la doctrina es sostenedora de la tesis de que, el paso del Estado liberal al Estado democrático de Derecho ha significado un abandono paulatino de la categoría del derecho público subjetivo, ya que es

---

<sup>426</sup> Lucas Verdú. Ob. Curso Vol III..cit...pág 73. Santi Romano, al referirse sobre este aspecto en la obra de Gerber, nos dice que la tesis de este autor surge como una reacción contra el iusnaturalismo revolucionario, y que por eso Gerber afirmó que los derechos subjetivos no corresponden a los individuos de modo originario, autónomo, innato, sino que derivan de la pertenencia del individuo al Estado o son efectos reflejos de la organización estatal. Dice además el profesor Lucas Verdú que con Gerber aparece la posibilidad de unos derechos públicos concedidos a los individuos. De la tesis de Gerber debe concluirse que los derechos públicos subjetivos son derechos que el Estado concede a los individuos a través de su derecho positivo.



una figura dogmática cargada de historia, que no es funcional al actual derecho público como lo fue a la teoría jurídica de la libertad liberal<sup>(427)</sup>.

En virtud de la transformación del Estado, calificada hoy en día como asistencial, de bienestar, ha cambiado también la posición jurídica del ciudadano y por consiguiente su calificación dogmática, teniendo en cuenta que la fundamentación de los derechos subjetivos será un ordenamiento objetivo de derecho público, y en virtud de ello la afirmación conocida de Jellinek de que la investigación científica debe constatar en primer lugar si existe o no un interés individual capaz de tutela jurídica, por cuanto aquí es donde se comprueba la oposición entre intereses formalmente reconocidos e intereses materialmente existentes, tienen un trasfondo excesivamente formal, por cuanto han cambiado los presupuestos que le servían de base a la categoría de derechos fundamentales<sup>(428)</sup>.

---

<sup>427</sup> Cascajo Castro, José Luis. *La tutela Constitucional de los derechos sociales*. C.E.C. Cuadernos y Debates, No 5. pág 57. Sin embargo, el autor es del criterio que una afirmación de este tipo es un poco arriesgada por cuanto muchos derechos se han positivado siguiendo el esquema del derecho público subjetivo, consecuentemente gozan de la protección jurisdiccional acordada por los distintos ordenamientos, a esa situación jurídica subjetiva, que se conoce con el nombre de derecho público subjetivo. Vid también en Italia Casetta Elio. *Diritto soggettivo e interesse legittimo*. Riv.T.D. Publ. 1952. Jul- sept pág 661.

<sup>428</sup> Gabriele, Enrico. *Appunti su diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi collettivi*. Riv.T.DD.Pr.Civ.1984. Pág 986 y 987. Afirma este autor que el derecho subjetivo ha perdido aquellos caracteres que lo distinguían en el período decimonónico, puesto que está más insertado en la compleja realidad operativa de nuestro ordenamiento junto a aquellas situaciones subjetivas de relevancia superindividual que constituyen valores exponenciales de variadas y complejas situaciones subjetivas a través de las cuales nuestro sistema cotidianamente se realiza.

Aparte de lo anterior la doctrina italiana considera, además, que la insuficiencia de la teoría de los derechos públicos subjetivos con respecto a la libertad, ha venido por la privatización del poder político, producto de ello es que hoy en día los partidos políticos se sitúan por encima del Parlamento, convertidos por consiguiente en verdaderos órganos efectivos de poder, esto aunado a su régimen de derecho privado, en la forma de asociaciones de hecho<sup>(429)</sup>.

En concreto, el concepto de derecho subjetivo hoy en día ha perdido gran parte de aplicabilidad, resultando insuficiente su alcance en la actual teoría jurídica-política de los derechos fundamentales, sin embargo, GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que con la problemática de la protección jurisdiccional en el derecho público actual, esta noción se amplía un poco más que en el pasado, pero todo ello debido a la jurisdiccionalización de los actuales jurídicos, y por ello las doctrinas modernas tratan de profundizar este concepto para incluir en él, además de sus contenidos tradicionales, los intereses legítimos y las situaciones protegidas mediante los recursos objetivos<sup>(430)</sup>.

---

<sup>429</sup> Cascajo Castro. Ob.. La Constitucionalización....Cit..pág 61

<sup>430</sup> García de Enterría/Fernández. Ob. Curso de Derecho Administrativo...cit..., pág 43. Dice García de Enterría que el administrado es titular de derechos subjetivos frente a la administración en dos supuestos: los primeros que él llama derechos subjetivos típicos y los derechos reaccionales o impugnatorios. También afirma que a partir de éste segundo supuesto se produce el efecto básico de anudar y relacionar la legalidad de la administración, en su conjunto, con la libertad de los ciudadanos y de hacer justiciable, en su plenitud, toda la actuación de la administración. La

Por su parte, el profesor CASCAJO CASTRO, dice que donde más se nota que la teoría de los derechos públicos subjetivos ha ido perdiendo capacidad para asumir nuevas orientaciones, es en el campo de los derechos sociales, abundantemente constitucionalizados y positivizados en numerosas Convenciones Internacionales. Son derechos que presentan una fisonomía diferentes de los derechos subjetivos y en los ordenamientos más avanzados, estas situaciones jurídicas de ventaja, se suelen traducir para el ciudadano en meros intereses simples, que en el campo de la protección esto significa que no tienen gran eficacia jurídica<sup>(431)</sup>.

### **3.2.2- Los intereses legítimos.**

#### **3.2.2.1-Nacimiento de la noción de interés legítimo.**

La figura de los intereses legítimos no responde, como la de los derechos subjetivos, a la ideología liberal burguesa del siglo XIX, sino que se inspira en sentimientos más solidarios y colectivos, se niega a reconocer como situaciones jurídicas defendibles aquellas que presentan la naturaleza

---

diferencia de los supuestos es clara, pero no implica una división de naturaleza, y en ambos casos estamos ante típicos derechos subjetivos y su funcionalidad es exactamente la misma.

<sup>431</sup> Cascajo Castro, J. Ob..La Constitucionalización.cit...pág 63. Por otra parte Elio Casetta. Ob. Diritto soggettivo...cit...pág 663, que el concepto de derecho subjetivo es insatisfactorio, inexacto técnicamente hablando porque hoy en día, la protección tal y como la concebía Jellinek, incidental y objetiva va en contra de la actual concepción de los derechos fundamentales como derecho vigente y aplicable, y con la dogmática más reciente sobre las situaciones jurídicas subjetivas del ciudadano y la colectividad.

jurídica de derecho subjetivo. Esto implica que en virtud de ella, el ciudadano puede acudir a los tribunales no sólo cuando tiene un derecho subjetivo, sino también cuando sufre un daño o perjuicio, en una situación como simple interesado.

En virtud de lo anterior apareció en Francia dentro del campo del Derecho Administrativo la figura del recurso por *Exceso de Poder*, al igual que en otras legislaciones como la italiana. Lo que si debe quedar claro es que la vinculación y el respeto de la administración a las normas jurídicas lleva consecuentemente a la protección del campo de vida y acción de los ciudadanos, que en caso contrario se verían seriamente amenazados. GARCÍA DE ENTERRÍA al tratar este punto sostiene que la sumisión de la administración al derecho implica, consecuentemente, que la administración quedase vinculada por pautas previas, en segundo lugar que el ciudadano va a ir alcanzando una mayor seguridad en su campo de actuación y, por último, que aparezca la jurisdicción contenciosa administrativa, que será un instrumento para hacer posible lo antes expuesto<sup>(432)</sup>.

Los intereses legítimos son tutelados por el derecho, a través del cual se establecen los medios para su reparación o satisfacción cuando presumiblemente hayan sido violados, reconocer los mismos implica reconocer su ejercicio que se proyecta a través de una pretensión procesal. Ejemplo de lo anterior el art 24 de la C.Italiana y el art 28 de la L.J.C.A. de

---

<sup>432</sup> García de Enterría/Fernández. Ob. Curso .cit... pág 482.

España con el nombre de interés directo (en la nueva de L.J.C.A. corresponde al art 19 y se incluye interés legítimo desapareciendo por consiguiente interés directo). Los italianos importaron la figura del exceso de poder francesa, pero diferenciando claramente dos jurisdicciones, la administrativa y la ordinaria que tutela los derechos, haya o no sido parte la administración, y se inclinaron por la tesis subjetivista de la legitimación.

### **3.2.2.2- Naturaleza del interés legítimo.**

Sobre este tema las mayores discusiones se han dado en el campo del Derecho Administrativo. Las primeras de ellas se dieron en Italia, donde, al contrario de la legislación francesa, la doctrina más importante se inclinó desde un principio por la concepción subjetiva de la jurisdicción-administrativa. Recordemos que en Francia el proceso administrativo ante el Consejo de Estado tiende a la anulación de actos y disposiciones administrativas contrarias a derecho y lesivas de un interés legítimo individual, pero siempre sobre la base de una pretensión de los administrados lesionados, que no persiguen tanto la legitimidad de la actuación administrativa como la reparación de la lesión. El recurso por exceso de poder es un recurso al acto<sup>(433)</sup>.

---

<sup>433</sup> Esteban Drake, Antonio. Ob. El Derecho público. cit. pág 127 y ss. Comenta el autor que Hauriou configuraba el recurso por exceso de poder dentro de dos límites fundamentales, de una parte el control de la legalidad de la administración y, de otra, el control de la moralidad. Lo anterior se debe entender sobre la teoría institucional del mismo maestro, para quién no es la norma la que produce la institución sino, por el contrario, la institución organizada la que produce la norma... En primer lugar los franceses sobre el principio de separación entre la administración y los tribunales,

La restauración del derecho objetivo violado se consigue efectivamente, pero sólo a través de la reparación individual, igual que, a través de la protección de los derechos subjetivos se adquiere la tutela del ordenamiento jurídico. La pretensión que se ejercita en el proceso administrativo ante el Consejo de Estado, es en todo caso, una pretensión de anulación basada en no ser conforme a derecho el acto o disposición impugnados, pero no se reconoce a cualquiera, sino solamente a quién se encuentra en una determinada posición legitimante respecto al acto o disposición.

---

instauraron el sistema llamado de justicia administrativa retenida que confiaron al Consejo de Estado como órgano consultivo del Estado. En este Consejo, con todas sus variables históricas, se desarrolló el denominado recurso por exceso de poder cuya finalidad es la anulación de aquellos actos administrativos contrarios al régimen de la legalidad. Ésta fue la postura clásica, marcada por la defensa de la legalidad objetiva, y por ello se decía que no era un proceso hecho a una parte, sino un proceso hecho a un acto. Posteriormente, frente a la postura tradicional que consideraba el recurso de exceso de poder como un contencioso objetivo de anulación, se dio un giro y se acentúa la determinación sobre la existencia de las partes en el proceso y de la afectación a las situaciones jurídicas subjetivas. Es por ello que el recurso por exceso de poder exige, entonces, que el acto administrativo cause un daño al ámbito del interés particular del recurrente. Por esto, el recurso es posible mediante la previa afectación del ámbito moral o material del interesado, siempre que ese daño afecte de manera directa su esfera de intereses. En cuanto a la condición de legitimación, el mismo Consejo de Estado ha exigido que el daño sea cierto, actual o potencialmente, y siempre que se cause perjuicio al recurrente de manera directa y personal dentro de una categoría determinada. En concreto, el recurso por exceso de poder francés no deja de ser un recurso en defensa de la legalidad en la actuación administrativa, pero tampoco se olvida el elemento determinante para el ejercicio de esa acción dentro de un esquema de daño subjetivo por la afectación de una situación jurídica material.

Sobre esta posición no existe discrepancia en la doctrina, así como tampoco sobre la posición dentro de las situaciones jurídicas de los administrados, no obstante se discute sobre la naturaleza de este interés.

Las teorías que mejor han explicado dogmáticamente la figura del interés legítimo proceden fundamentalmente de Italia, donde se ha observado cuidadosamente su precisión conceptual y su diferenciación de los tradicionales derechos subjetivos<sup>(434)</sup>.

Todas las teorías que explican el interés legítimo en la doctrina italiana, presentan como elemento común la necesidad de perfilar las conexiones o relaciones existentes entre el derecho subjetivo e interés legítimo. En todas, el punto común es el carácter instrumental del interés legítimo o su naturaleza exclusivamente formal<sup>(435)</sup>.

La doctrina dominante sostiene que el derecho subjetivo es un interés propio de su titular, mientras que el *interés legítimo* es propio del

---

<sup>434</sup> Vid Garrido Falla, Fernando. “*Interés Legítimo*” Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.T XII. Pág 212. Dice el autor que la finalidad que en dicho ordenamiento tiene la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo responde a una separación de competencias o atribuciones entre la jurisdicción ordinaria que conoce de los derechos subjetivos y la del Consejo de Estado, que conoce de la tutela de los intereses legítimos. Vid en el mismo sentido Bujosa Vadell. Ob.. La Protección cit.....pág 34.

<sup>435</sup> Ortíz Ortíz. Eduardo. *Derecho subjetivo, interés legítimo y reforma al Contencioso Administrativo*. R.C.J. No 12. 1963. Pág 141.

administrado por el simple hecho de que se trata de un interés que coincide con el general por el que la norma fue dictada<sup>(436)</sup>.

Otro autor dice que interés legítimo es el interés protegido de forma mediata o indirecta, como garantía de legalidad de la actuación administrativa, en estos casos, la norma impone un vínculo a la administración del que, a diferencia del derecho subjetivo, no deriva una utilidad sustancial o directa o una expectativa garantizada, sino una garantía de legalidad, una utilidad instrumental de la que el particular puede esperar un interés, calificada como "garantía legislativa de una utilidad sustancial directa e inmediata por el sujeto titular"<sup>(437)</sup>.

---

<sup>436</sup> Zanolini, Guido. *Curso de Derecho Administrativo*. Ediciones Arayú. Buenos Aires. 1954. Tl. Pág 237. Para este autor la diferencia entre derechos subjetivos e intereses legítimos está en que los primeros son una parte de los bienes de la vida que el ordenamiento garantiza a un sujeto y los segundos intereses que el ordenamiento protege ocasionalmente o indirectamente, por ello la causa del interés legítimo es toda aquella ventaja real garantizada ocasional o indirectamente por una norma, directamente orientada a la realización de un interés público determinado. Vid también a Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid. Editorial Tecnos. XII Edición 1994, pág 177. señala que la distinción más clara entre el derecho público subjetivo e interés legítimo estriba en ser el primero objeto de una protección directa por el Derecho positivo, a la par que el interés legítimo únicamente es objeto de una protección indirecta, siendo necesario en este caso no sólo la existencia de un interés general encaminado a conseguir un fin público, lo que se lleva a cabo con las normas de acción, sino además, una particular conexión entre un sujeto y la norma de acción de que se trate.

<sup>437</sup> Alessi, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Traducción de Buenaventura Pellisé Brato. Editorial Bosch. Barcelona. 1970. II. Edición. T II, pág 444.



Una de las características del interés legítimo es la inexistencia de la exclusividad de su disfrute y defensa. Como dice CASSETTA, cuando la norma jurídica no ha sido dictada para la tutela exclusiva del interés de algún modo calificado, se está en presencia de un interés legítimo<sup>(438)</sup>. No existe exclusividad por cuanto la norma existente es general y abstracta, sin que ésta signifique que la imposibilidad de que un número determinado de sujetos encuentren ventajas o perjuicios reflejamente respecto de la materia regulada y en virtud del actuar administrativo.

Otra sector de la doctrina conceptúa el interés legítimo desde la perspectiva única y exclusiva del interés público por la legalidad, o simplemente por la legitimidad sin más de la actuación administrativa. Así se distingue entre *normas de relación*, que son aquellas dictadas para garantizar situaciones jurídicas individuales frente a la actuación administrativa y *normas de acción* que son las que garantizan la utilidad pública<sup>(439)</sup>.

---

<sup>438</sup> Cassetta, Elio..Ob.. Diritto soggetivo.....cit..pág 614

<sup>439</sup> Giuccardi, E. *La Giustizia Amministrativa*. Giuffrè. Milán. 1943. Pág 33. Vid también un comentario de las mismas en Ortíz Ortíz.. E. Ob Derecho Subjetivo.....cit.,pág 173. En síntesis dice, *normas de relación* son las que definen los derechos y obligaciones recíprocos entre la administración y el particular, y tiene por fin garantizar a éste un margen de propiedad y de libertad ante el Estado, su nota fundamental está en que produce situaciones jurídicas bilaterales compuestas de derechos a los que corresponden obligaciones estatales, o al contrario, de obligaciones del administrado correlacionadas con derechos del Estado. Se trata de normas como las que obligan al pago de los sueldos de los funcionarios. Cuando se viola una de estas normas se viola el derecho del particular, si la violación ha sido de una obligación a cargo del Estado. Pero mantiene esta doctrina que otras normas,

La otra doctrina, la del derecho subjetivo, como presupuesto del interés cumple a este respecto mejor función que la de las normas de acción y de relación. La doctrina del derecho subjetivo es la que, entre todas las doctrinas que intentan no sólo explicar la noción de interés sino además, individualizarlo, mejor abarca y precisa el tema. CANNADA-BARTOLI concibe el interés legítimo como la emanación y el escudo protector del derecho subjetivo, en los confines de éste, dónde ya su titular no puede responder ni actuar directamente sino sólo a través de la conducta administrativa, por carecer de una posibilidad de acción propia reconocida por la norma que le permita tutelar sus necesidades<sup>(440)</sup>.

---

*las de acción* dirigidas exclusiva y directamente a proteger el interés público abstracto de la comunidad,(salud, higiene, etc) y sólo directamente, la forma y en general todos los elementos del acto administrativo, excepción hecha del motivo que es la causa inmediata del derecho de la administración a actuar en el caso concreto, y de la competencia, que es la causa abstracta y puramente legal. La violación de estas normas de acción, dada su finalidad pública, produce una lesión al interés público pero no al privado, que por lo tanto, nunca puede hacer valer frente a ella ningún bien propio herido, que este directamente protegido por la norma, tampoco puede hacer valer un derecho subjetivo. Así las normas de relación y su violación corresponde al derecho subjetivo, y las normas de acción y su violación al interés legítimo privado, indirectamente protegido.

<sup>440</sup> Cannada-Bartoli, E. “*Interesse*” En Enciclopedia del Diritto. Vol XXII, Giuffrè. Milano.1972. Pág 14. Opina este autor que el interés legítimo no es un concepto independiente o con sustantividad propia, al contrario, es un concepto opina que el interés legítimo es un concepto puramente formal, y que concierne a la legitimidad de la actuación administrativa, es decir, bajo esa naturaleza siempre existe un derecho subjetivo, aunque el objeto litigioso venga constituido exclusivamente por la legalidad del poder ejecutado por la administración. En otras palabras el derecho subjetivo es presupuesto del interés legítimo. Por otra parte Ortíz Ortíz...Ob...Derecho subjetivo.cit..pág 176. Dice este autor que no es mirando a la norma y a su siempre incierta intención (de tutelar o no directamente intereses individuales) como se puede llegar a saber si se trata de derechos subjetivos o intereses legítimos, lo que se debe analizar es la objetiva idoneidad del deber

En resumen, la doctrina italiana ha dado muchas matizaciones a lo que son los intereses legítimos y los derechos subjetivos, aspecto sobre el cual tanto el ordenamiento como la misma doctrina han insistido como trasfondo de la legitimación para actuar en la sede jurisdiccional. Así para algunos autores el interés legítimo no tiene protección directa del ordenamiento, sino que su protección viene reflejada en virtud del interés general tutelado. En cambio el derecho subjetivo es un interés cualificado y excluyente, de aplicación directa e inmediata por el ordenamiento respectivo. Otro sector insiste en que el interés tiene relevancia una vez lesionado por el acto, por lo que dicho interés es una situación jurídica subjetiva conformada en el derecho reaccional para el restablecimiento de la situación alterada, por la nulidad del acto depurador. Y por último, otros fundamentan el interés legítimo en la raíz previa y determinante del derecho subjetivo que sirve de base o axioma para la construcción y protección de aquél<sup>(441)</sup>.

Por otra parte, en Alemania, se concentra la atención sobre la protección de la libertad de los ciudadanos, para lo cual sirvió el desarrollo

---

impuesto por la norma para garantizar una utilidad directa e inmediata al individuo, o nada más una utilidad meramente instrumental representada por la legalidad de la actividad administrativa. Hay derecho cuando la ley otorga al particular una posibilidad de obtener de la administración una conducta que pueda satisfacer sus necesidades en forma inmediata e indirecta como el pago de un salario. Hay intereses simplemente cuando la conducta que la administración debe realizar es incapaz para lograr ese resultado. El objeto del interés es únicamente la anulación del acto ilegal, no la conducta sustitutiva y útil de la administración, que tenga aquella virtud.

<sup>441</sup> Córdón Moreno, Faustino. La legitimación en el proceso... pág 51.

de la idea del derecho material y de la reserva legal. De ahí, pues que la propiedad y la libertad estén unidas a la legislación material comprendidos en lo que Jellinek denomino status negativus. Al concebirse a la libertad como un status negativus, la voluntad del ciudadano afectado juega un papel de suma importancia para subjetivación de la norma abstracta. Si la ley es una declaración de voluntad que el Estado en su manifestación legislativa se autodicta, dice JELLINEK, el ciudadano debe poner en marcha el mecanismo procesal para la garantía de la libertad impresa en la misma ley<sup>(442)</sup>.

---

<sup>442</sup> Garrido Falla, Fernando. Ob.. Las tres crisis del Derecho Público Subjetivo. Cit..., Pág 195. Dice el autor que Jellinek describe el status negativus diciendo que, el dominio del Estado es un dominio delimitado objetivamente, ejercido en interés de la comunidad. Es un dominio de seres no enteramente sujetos, es decir, libres. Por eso el miembro del Estado le corresponde un status, en el cual es señor, una esfera libre negadora del Estado, y su imperium. Es la esfera de la libertad individual, del status negativus, del status libertatis, en el cual los fines necesariamente individuales tienen su satisfacción por la libertad de acción del propio individuo. También habla Jellinek en su teoría de otros status, el status pasivo en el que el particular sólo tiene deberes de obediencia al poder estatal incluyéndose la fidelidad, las prestaciones de servicios pecuniarias y el status civitatis que se contrapone al status negativus. El status civitatis se integra al status activo correspondiente a aquel que autoriza al particular al manejo de la cosa pública. Esto se deriva de la tesis estatal de Jellinek, por cuanto la personalidad jurídica del Estado requiere de personas físicas para obrar por cuenta del mismo Estado. Sin embargo las tesis de Jellinek son criticadas ya que su apreciación de los derechos siempre afecta la capacidad jurídica del sujeto, por lo que sería correcto pensar que todos los derechos comportan siempre un status. Además Jellinek niega la existencia del derecho público patrimonial, el cual existe en la realidad jurídica. Sin embargo el particular no siempre asume la categoría de súbdito frente al Estado, ya que podría ser propietario y, en razón de ello, el Estado podría determinar una serie de exigencias, pero en igual sentido, el propietario también tiene derechos de prestación por el Estado, sin que ello implique el status activo..

Así las cosas, el sujeto con voluntad y en virtud del ordenamiento jurídico que otorga el derecho de accionar, deberá restaurar la legalidad que ha de ser garantía de las libertades públicas. Ahora es el mismo Estado quién debe determinar el contenido de la ley y la finalidad que persigue. Sin el interés público entendido como la generalidad de los intereses privados, no habría contradicción al decir que los ámbitos de libertad coinciden plenamente con los valores existentes en el ordenamiento. De esta forma el derecho subjetivo y el objetivo coinciden, ambos son manifestaciones de un mismo valor. Sin embargo el derecho subjetivo-termina diciendo Jellinek- representa la subjetivación de uno o varios de los valores objetivamente plasmados, por lo que su titular encarna el interés general de expulsar la norma violada<sup>(443)</sup>.

Además, en la doctrina alemana encontramos otras tesis privatistas, entre ellas la de SAVIGNY, para quién el derecho que se confiere a la parte lesionada se llama derecho de acción, el cual implica dos condiciones, un derecho y la violación de ese derecho. En consecuencia el derecho subjetivo es anterior a la violación, pero ello no es incompatible con el ejercicio del derecho nacido en virtud de esa misma violación. La otra teoría es la de IHERING, para quién el derecho subjetivo es un interés jurídicamente

---

<sup>443</sup> Esteban Drake, Esteban. Ob.. El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal....cit....pág 32

protegido. Y la postura más moderna es la de BACHOF, quién sostiene que el derecho subjetivo tiene su nacimiento por reflejo del derecho objetivo<sup>(444)</sup>.

Sin embargo, lo que si es claro, es que la jurisprudencia y la doctrina alemana han avanzado hasta llegar a destacar que los derechos referidos en la Ley Fundamental de Bonn son, tanto los subjetivos públicos, como los meramente subjetivos. Y en efecto, el término derechos incluye todas las categorías de derechos, es por sí sólo propio y no supone ninguna unilateralidad de tratamiento. Y hoy en día los alemanes, sobre la base del Tribunal Constitucional Federal y los esfuerzos de la doctrina, han ido equiparando derechos con situaciones jurídicas, un concepto que supera al clásico de derechos subjetivos y para lo cual existe el derecho fundamental a la tutela judicial<sup>(445)</sup>.

---

<sup>444</sup> García de Enterría/Fernández.Ob.. Curso de Derecho Administrativo. Cit....pág 43. Estos autores sostienen que los alemanes llegan a esta conclusión por la fórmula que establece el art 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, que otorga tutela jurisdiccional a los derechos subjetivos y nada más que a ellos. El art 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn dice... Aquel cuyos derechos sean violados por el poder público, podrá acudir a la vía jurisdiccional. Si no hubiese otra jurisdicción competente, lo será la de los Tribunales Ordinarios..” Al respecto Figueruelo Burrieza. Ob. La tutela cit...pág 35, dice que de esta norma se deduce una protección otorgada a los particulares frente a los ataques producidos por el poder público, quedando por consiguiente excluidas las relaciones entres particulares. Además agrega que a pesar de la interpretación que la doctrina alemana ha hecho de la expresión *Grundrechte*, incluyendo en ella no sólo los derechos subjetivos, sino también los intereses legítimos, lo cierto es que en la determinación de la categoría *öffentlichen Gewalt* se prescinde de calificaciones formales y se excluye la existencia de protección para los actos de imperio sustraídos al control judicial.

<sup>445</sup> García de Enterría/Fernández. Ob. Curso .cit...pág 54. Esta evolución se ha tenido que ir dando poco a poco, ya que la justicia y la doctrina alemana se han quedado al margen de los inmensos campos de protección jurisdiccional descubiertos por el

En conclusión a todo lo dicho, interés legítimo es por consiguiente, todo interés individual directamente lesionado por un acto determinado que haya violado una norma jurídica reguladora, en el interés general del ejercicio de la actividad administrativa. Se cualifica como legítimo, no por que conceptualmente se resuelve en una posición jurídica subjetiva, sino porque una vez lesionado adquiere relevancia jurídica, en cuanto que su eventual satisfacción es causa de que se confiera al sujeto titular del poder de provocar la anulación del acto ilegítimo, respecto al cual el interés legítimo tiene valor de elemento teleológico<sup>(446)</sup>.

---

recurso por exceso de poder, en virtud de que la ley fundamental de Bonn, formuló la famosa cláusula general de protección jurisdiccional del ciudadano, que pretende consagrar una protección jurídica sin lagunas y, no obstante el ambicioso planteamiento, la cláusula general declara protegibles únicamente las lesiones que los ciudadanos sufran en sus derechos. La doctrina y la jurisprudencia han avanzado en el sentido de destacar que los derechos referidos en la Ley Fundamental de Bonn son tanto los subjetivos públicos como los meramente subjetivos. En efecto, el término derechos es un sustantivo sin adjetivo especial que suponga la unilateralidad del tratamiento, en otras palabras, todas las categorías de los derechos quedan comprendidas por el sustantivo plural derechos.. En igual sentido se pueden consultar las opiniones de la profesor Figueruelo Burrieza...ob. Derecho a la tutela ..cit...pág 40 La evolución práctica del Derecho alemán, según indica Bachof, es decisiva, puesto que ha llegado a considerar que todas las ventajas derivadas del ordenamiento para cada ciudadano, se han constituido en verdaderos derechos subjetivos, expresando de esta forma uno de los principios capitales del actual Estado de Derecho, pero debe matizarse para evitar así posibles equivocaciones porque la consecuencia de tales ventajas surge únicamente cuando aquéllas sufren una agresión injusta por parte de la administración, derechos subjetivos que tienden entonces al restablecimiento de dichas ventajas por vía reaccional o de eliminación del injusto que las niega, las desconoce o las perturba. Bachof citado por Córdón Moreno..Ob.La legitimación en el .cit...pág 90.

<sup>446</sup> Córdón Moreno. Ob La legitimación en el proceso..cit...pág 50. Por su parte Gómez-Ferrer Morant, R. *Derecho a la tutela judicial efectiva y posición jurídica peculiar de los poderes públicos*. en R.E.D.A. Editorial Civitas. No 33, 1982 pág 189, dice que el interés legítimo se sitúa como una de las diversas formas de

Es importante agregar que la extensión que consigue el interés legítimo para tutelar situaciones de indefensión, no se ocupa solamente de una cuestión técnica (es decir, de facilitar el acceso al proceso como instrumento de protección), sino también, para demostrar que no deben existir diferencias con el proceso ordinario, tal como en su tiempo propusiera la doctrina italiana. Ésta, recordemos, sostenía que la jurisdicción común se ocupa de los derechos subjetivos, y la jurisdicción administrativa de los recursos interpuestos contra actos lesivos de intereses legítimos.

Actualmente, se advierte una evolución en la idea que aproxima el estudio a dos ideas convergentes, se examina la relación que tiene el individuo con el Estado cuando actúa un derecho de petición constitucional, y se amplía la visión del interés, ya no como simple medio de posibilitar el instrumento procesal sino, también, para dar vida a todos los medios que tiene el titular para lograr la protección de sus derecho. Es decir, por un lado se afianza el concepto de participación ciudadana dando apertura a los intereses como objetivos suficientes para disponer la atención de los tribunales, y por otro, se sitúa al interés legítimo en relación con las situaciones jurídicas subjetivas que corresponden, es decir, entendiéndose

---

concretarse las situaciones jurídicas subjetivas surgidas de la relación entre la norma jurídica y el individuo, debiendo entenderse legítimo como protegido por el ordenamiento y por ellos los intereses legítimos no serán más que aquellos que son aceptados por el ordenamiento jurídico como dignos de tutela, aun de forma indirecta o refleja.



como legítimo, simplemente al interés protegido por el ordenamiento jurídico o como conforme a derecho. De esta manera, los intereses legítimos serían aquellos que son aceptados por el ordenamiento jurídico como dignos de tutela, aun de forma indirecta o refleja.

### **3.2.2.3-Subsunción de los intereses legítimos en la categoría de los derechos subjetivos.**

GARCÍA DE ENTERRÍA, sostiene que detrás de toda impugnación está un derecho subjetivo que se convierte, si quiere atípico, por mucho que se pretenda limitar el objeto litigioso a la verificación de la legalidad del acto o disposición administrativa<sup>(447)</sup>, y por ello llega a afirmar que el interés legítimo es un tipo específico de derecho subjetivo<sup>(448)</sup>. Sin embargo, dice GARCÍA DE ENTERRÍA, hay que ir más lejos y entender que en realidad, el interés legítimo no es más que el derecho subjetivo de reaccionar frente al acto ilegal de la administración. Por lo tanto, el interés legítimo es un interés reaccional, es decir, no se trata del derecho subjetivo que le pueda servir de referente, ni tampoco es el simple, abstracto y genérico interés en la legalidad, sino que se trata del derecho a intentar la eliminación de una

---

<sup>447</sup> García de Enterría, Eduardo. Ob.. Sobre los derechos cit..., pág 435

<sup>448</sup> Figueruelo Burrieza, Ángela. Ob. Derecho ..cit... pág 98. Dice la autora que las teorías modernas definen el interés legítimo como la situación jurídica específica en que se encuentra un sujeto respecto a una norma objetiva, de manera que el cumplimiento de la misma le produce un beneficio, mientras que su infracción le ocasiona un perjuicio en su esfera vital. En igual sentido se pronuncia Sánchez Morón. Ob... La Legitimación en los procesos constitucionales *cit...*, Pág 37

situación ilegal para defender y restablecer la integridad de intereses propios<sup>(449)</sup>.

Para este autor hay subsunción de los intereses legítimos en la categoría de los derechos subjetivos. El verdadero derecho subjetivo se encuentra en la sanción que se otorga y no en la violación abstracta de la norma. Y por último, antes de que se produzca la infracción no existe un derecho propiamente dicho, sino en el momento en que viola el deber dirigido, éste es el derecho a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses, y a estos es a los que el autor llama reaccionales o impugnatorios<sup>(450)</sup>.

En resumen, GARCÍA DE ENTERRÍA, como hemos dicho anteriormente, sostiene que antes de la violación de una norma por parte del Estado, no hay nada más que una situación jurídica objetiva de protección de la propia legalidad y es posteriormente y como consecuencia del perjuicio causado al particular por dicha actuación ilícita cuando surge un verdadero derecho subjetivo.

---

<sup>449</sup> García de Enterría. Ob.. Sobre los derechos ...cit..pág 445.

<sup>450</sup> García de Enterría, Eduardo. *Hacia una reconstrucción de la justicia administrativa. El problema de los derechos reaccionales y la subjetivación de los recursos llamados objetivos*. Revista de Derecho Público. No 27. 1986. Caracas, Venezuela. Pág 23.

#### **3.2.2.4-Postura crítica a la tesis de los derechos reaccionales e impugnatorios**

Para GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>(451)</sup> los derechos subjetivos derivan de las normas de acción y en estas se distinguen dos supuestos típicos en los que el administrado, es titular de derechos subjetivos frente a la administración. El primero viene constituido por los derechos subjetivos típicos o activos de los que es titular el administrado cuando ostenta pretensiones activas frente a la administración para conseguir prestaciones patrimoniales o de respeto de titularidades jurídico-reales, o de vinculación a actos procedentes de la propia administración, o de respeto a una esfera de libertad formalmente definida. El segundo se forma con los derechos subjetivos reaccionales antes mencionados, dirigidos a la actuación ilegal de la administración, que perturba al administrado en su esfera vital de intereses, y al restablecimiento de estos; siendo este segundo de los derechos el que permite que los particulares fiscalicen la totalidad de la legalidad administrativa, y no sólo la franja minúscula que entra en juego en la vida jurídica administrativa a propósito del tráfico de los derechos subjetivos activos de corte tradicional.

---

<sup>451</sup> García de Enterría, Eduardo. *Hacia una justicia administrativa*. En la obra los Ciudadanos y la Administración. Nuevas tendencias en el Derecho Español. Civitas. II Edición. Madrid. 1992. Pág 68

Sin embargo autores como GONZÁLEZ TREVIJANO y GARRIDO FALLA<sup>(452)</sup> defienden tesis contrarias. Sostienen que si bien es cierto que cuando un individuo ejecuta una acción frente a una actividad que supone no es conforme a derecho por parte de la administración, no se hallan movidos por una defensa abstracta del ordenamiento, por una defensa objetiva de la legalidad, sino porque sufrió la violación de unos intereses protegidos por el mismo ordenamiento, sin embargo, estos intereses substanciales y protegidos por el derecho a los particulares, no tienen porque ser posteriores ni aparecer como consecuencia de la violación por parte de la administración de la propia legalidad, pueden ser tan anteriores y reales como los derechos subjetivos en los que el reconocimiento previo es una de las notas características de éstos.

Esta claramente establecido que no toda protección individual del sujeto supone la existencia de un derecho subjetivo, ya que en los casos en

---

<sup>452</sup> Garrido Falla. *Comentarios a la Constitución. Título I*. Civitas. Madrid. 1985. Pág 182.. Este autor parte del punto de que no se trata de distinguir especies dentro de un género común, y dice que la ley y los Tribunales saben distinguir perfectamente cuál es el contenido de una sentencia cuando lo que se prueba por el recurrente es la vulneración de un derecho subjetivo o la simple infracción de una norma de procedimiento, por lo que no es cierto afirmar que cuando se da este segundo caso, el recurrente ha sufrido un perjuicio y por ello se le permite recurrir. También dice que estamos frente a un hipótesis de perjuicio, no de un perjuicio real, por lo que, se mire por donde se mire, la norma infringida no protege directamente un interés y por tanto no hay derecho violado. Y se termina preguntando por qué no configurar a la acción popular como un derecho subjetivo reaccional. El problema se encuentra en cómo entender el adjetivo legítimo, porque si lo entendemos como el interés directamente protegido por el ordenamiento jurídico, entonces nos encontramos ante un auténtico derecho subjetivo, y por consiguiente habría que llegar a la ineludible conclusión que las expresiones derechos e intereses legítimos habría que interpretarlos en términos de igualdad semántica.

que el interés sustancial jurídicamente protegido se pueda disponer, estamos ante un verdadero derecho y si carece de esa nota, pero tienen en común con los derechos subjetivos la característica de accionabilidad, se denominarían intereses legítimos. Esto quiere decir que cuando el Estado viole a un individuo un interés protegido por el ordenamiento, el titular del mismo tendrá derecho a una acción para la defensa y restablecimiento de éste, cosa distinta es que, en virtud de esa acción que otorga el ordenamiento, ese interés tutelado se estructure como un auténtico derecho subjetivo, pues el ejercicio de una acción no es requisito exclusivo de los derechos, sino también de los intereses protegidos <sup>(453)</sup>.

Para GARRIDO FALLA, el interés legítimo se presenta como una categoría, que va unida a los derechos subjetivos, pero que es diferente a los derechos públicos subjetivos. Este autor es del criterio, al igual que otros administrativistas, que existe un vínculo especial entre derecho subjetivo y ordenamiento jurídico, de manera que cuando se viola un derecho subjetivo se produce inmediatamente una infracción del ordenamiento, sin embargo, no se puede decir que cuando se viola un derecho público subjetivo se produce la violación del ordenamiento, y por ello en el orden administrativo

---

<sup>453</sup> González Trevijano. Ob. Legitimación..cit.. pág . También el autor es del criterio de que la acción no va ligada al derecho sino al interés. Y opina que identificar los intereses legítimos en la categoría de los derechos subjetivos reaccionales, no es correcto, pues razones de técnica jurídica impiden equiparar ambas categorías a pesar de lo difuso y confuso que suele presentarse el término “legítimos”, calificativo al que tampoco escapa el concepto de reaccionales o impugnatorios.

existen dos tipos de normas, unas que se han dictado con la finalidad de garantizar situaciones particulares de los sujetos y otras cuya finalidad es proteger el interés y la finalidad pública<sup>(454)</sup>.

Otra crítica que se hace a la denominación del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA de los derechos reaccionales o impugnatorios, es que los derechos están establecidos en el ordenamiento antes, como un *prius*, y no es viable trasladar el concepto de derecho desde la protección otorgada por el ordenamiento jurídico a la protección procesal que se atribuye para la defensa de los mismos, porque la estructura de una situación jurídica no siempre viene determinada por la acción que la protege.

Dentro del mismo orden de ideas, también se critica al mismo autor por ver una relación estrecha entre acción y derecho, generalizando el hecho de encontrarse legitimado procesalmente a través de una determinada acción para poner en movimiento el proceso judicial no implicando, necesariamente hallarse distribuido de un derecho subjetivo. Esto es cierto algunas veces, pero otras no, dice SOLCHAGA LOITEGUI, por lo tanto no es correcto deducir que del ejercicio de la acción para la satisfacción de las lesiones o daños sufridos haya, que suponer forzosamente que el interés protegido se configure como un verdadero derecho subjetivo, la obligación de pagar no tiene por qué darse

---

<sup>454</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos. Madrid. X II Edición. T I. 1994, pág 412.

exclusivamente como el efecto de la acción impugnatoria que se pretende y que caracteriza los derechos subjetivos <sup>(455)</sup>.

### **3.2.3- El Interés Directo.-**

En el plano estricto de la legitimación, el interés legítimo es mucho más amplio que el interés directo. En éste se analiza la situación objetiva en que se encuentra la persona que peticiona, confrontando su petición con la que podría sustentar cualquier ciudadano que persigue el cumplimiento de los fines superiores del Estado, o la regularidad de la actividad administrativa.

Se advierte un interés directo cuando, del éxito de la acción procurada el peticionante recibe un beneficio personal o bien, en sentido inverso, *la misma decisión le ocasione un perjuicio*.

Por lo tanto, la simple defensa de la legalidad objetiva no es un interés directo. A diferencia del interés legítimo, no es autosuficiente, pues requiere individualizar el objeto, de modo tal que, la proyección y efectos de la sentencia, además de causar un estado jurídico para todos, provoque una respuesta personal a quien la pide.

La expresión interés directo empleada en las normas constitucionales para dar entrada y captación a los fines de acceso a la justicia, debe interpretarse en el sentido de que, para que el mismo exista, basta con que

---

<sup>455</sup> Solchaga Loitegui, J. Ob.. La legitimación...cit...pág 2596.

prosperare la demanda y represente a quien le trajo un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear le origine un gravamen, incluso aunque tales beneficios o perjuicios se produzcan por vía indirecta o refleja.

En materia contencioso administrativa, el interés directo puede ser definido como aquél interés amparado en la legalidad, real y actual, que concurre en un sujeto de derecho cuando una determinada actuación administrativa lesiona, directa o indirectamente, su esfera de facultades individuales, de modo tal que la anulación de dicha actividad le proporciona un beneficio o le elimina un perjuicio de cualquier índole<sup>(456)</sup>.

Se observa así cómo este modelo de situación jurídica subjetiva se asimila al derecho personal que exige el derecho común. Hay cierta identidad entre interés directo y derecho subjetivo. Igual que en éste, la legitimación para actuar se obtiene cuando se individualiza el sujeto o grupo de ellos, el interés ha de ser efectivo, no una simple expectativa o una especulación potencial, debe ser actual y no de mera abstracción. Y, finalmente, ha de lograr para quien lo invoca un beneficio o perjuicio personal.

### **3.2.3.1-Interés directo e interés legítimo. Diferencias entre ambos conceptos.**

---

<sup>456</sup> Gimeno Sendra/Moreno Catena/Garberí Llobregat/ González Cuellar-Serrano. *Curso de Derecho Procesal Administrativo*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1994. Pág 133.



Parte de la doctrina piensa que el concepto de interés directo no es el más indicado para perfilar el de interés legítimo, primero porque pertenece, en el caso de España a épocas muy diferentes y segundo porque el interés directo está limitado al campo de lo contencioso administrativo, a diferencia del segundo que se centra en la figura del recurso de amparo cuyo objeto y finalidad no es equiparable a las finalidades de la vía contenciosa administrativa.

Aparte de lo anterior, dice el profesor NIETO, es un concepto que refleja todavía el individualismo burgués del siglo XIX, protege al individuo y no a colectividad. Y por lo que se refiere al individuo protege, solamente a los intereses económicos, lo cual es impensable que suceda con las situaciones protegibles en vía de amparo en los tiempos modernos<sup>(457)</sup>.

En España la doctrina ha mantenido diversas posiciones con respecto a la configuración y delimitación de la expresión interés legítimo que recoge el art 162.1.b) de la Constitución Española, posiciones doctrinales que analizaremos con detenimiento cuando se estudie la legitimación en el recurso de amparo. Lo que si se debe acotar dicen SÁNCHEZ MORÓN y ALMAGRO NOSETE, es que el concepto de interés directo no es el más idóneo para explicar el interés legítimo porque puede cercenar una interpretación amplia, y, por lo tanto, adecuada de los mismos, como

---

<sup>457</sup> Nieto, A. Ob. La discutible ..cit..pág 42. Dice el autor que el interés directo es un concepto restringido lo es para evitar un exceso de recursos que abrumarían a los tribunales.

consecuencia de ser un concepto mucho más individualista, limitado y restringido<sup>(458)</sup>.

La configuración de esta situación jurídica de carácter sustancial que supone el interés directo, ha sido obra fundamentalmente de la jurisprudencia dice GONZÁLEZ PÉREZ<sup>(459)</sup>. Existe interés directo, ha dicho el Tribunal Supremo Español, siempre que el eventual éxito de la demanda represente para el actor que recurre un beneficio o, por el contrario la persistencia de la situación creada o que pudiera crear la resolución administrativa impugnada, le cause un determinado perjuicio.

También se ha llegado a comprender dentro de ésta categoría el interés puramente competitivo, el profesional o de carrera, e incluso en el

---

<sup>458</sup> Sánchez Morón..Ob. La Legitimación.cit...pág 37 y Almagro Nosete...Ob. Cuestiones .cit..págs 381 y 382.

<sup>459</sup> González Pérez, Jesús. *La reforma de la legislación procesal Administrativa*. Civitas. Madrid. 1992.Pág 43. Dice el autor “que resulta sorprendente la generalidad con que la doctrina considera necesaria la sustitución de la fórmula de la ley- tener interés directo en la anulación- por la de interés legítimo por estimarse que es más amplia y comprensiva. Además opina que la exigencia de que el interés sea directo, no ha impedido que la jurisprudencia reconozca la legitimación a todo aquel al que la actuación administrativa, frente a la que reaccionaba, causare perjuicio cualquiera que este sea. Dicho en otras palabras, la expresión interés directo debe ser interpretada en el sentido de que, para que el mismo exista, basta con que el éxito de la acción represente para el recurrente, un beneficio material o jurídico, o por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear el acto combatido le originara un perjuicio, incluso aunque tales beneficios o perjuicios se produzcan por vía indirecta o refleja. Y en ésta concepción amplia cabe todo tipo de interés, incluso los colectivos y hasta los llamados intereses difusos . Y en aquellos sectores en que más frecuentemente aparecen los que pueden merecer este calificativo, a fin de evitar cualquier duda interpretativa debe consagrarse expresamente la acción pública”.

derecho administrativo la acción de vecindad, manifestándose que en las situaciones dudosas no se le debe cerrar el paso a la vía contenciosa administrativa. Además la jurisprudencia ha ido perfilando el concepto y exige que el interés sea personal, actual, delimitado, efectivo e inmediato. El profesor CORDÓN MORENO opina que estos requisitos que exige la jurisprudencia para el interés directo son posibles en un sistema de justicia administrativa que protege situaciones jurídicas individuales. Sin embargo, dice que los tiempos modernos exigen romper la vinculación directa entre situación jurídica protegida y titularidad de la misma, en otras palabras, se debe abandonar la idea de la individualización del interés en una persona concreta y determinada, como fundamento exclusivo de la legitimación. Por ello, dice este autor, la Constitución Española introdujo el término interés legítimo, que es mucho más amplio que el de interés directo, como lo ha reconocido en gran cantidad de sentencias el Tribunal Constitucional<sup>(460)</sup>.

---

<sup>460</sup> La doctrina del Tribunal Constitucional Español al respecto se puede ver en la STC 48/84 del 4 de abril, Fj6... “ Los intereses legítimos del ciudadano merecen protección, aun cuando el derecho invocado no sea propio o la libertad alegada no sea directamente afectada en la persona del denunciante. La distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo que aparece en el art 24CE, tiene en nuestro derecho un sentido de ampliación del ámbito de protección del ciudadano. No se trata de unidades jurídicas distintas sino más bien de un desarrollo, ampliación o derramamiento de la figura nuclear del derecho subjetivo, cuyos entornos no son ni pueden ser perfectamente nítidos. De manera que para evitar dudas acerca de si determinadas situaciones merecen la protección del ordenamiento jurídico, el legislador designo con esa otra expresión- interés legítimo, interés protegido- a esa zona de expansión del derecho subjetivo-a modo de halo que lo rodea- que sigue siendo tal pero que una interpretación pero que una interpretación podría pretender negarle protección...”

En virtud de lo anterior, después de la entrada en vigencia de la Constitución se ha dicho que todo interés individual o social tutelado indirectamente por el derecho, con ocasión de la protección del interés en general, y no configurado como un derecho subjetivo, puede calificarse como un interés legítimo<sup>(461)</sup>.

En concreto, toda disposición o acto que incida en el ámbito de un interés legítimo puede ser impugnada por su titular, en base al artículo 24 de la Constitución Española, independientemente que se le cause de forma directa un beneficio o un perjuicio<sup>(462)</sup>.

Lo que si debe quedar claro es que dentro de la categoría de interés legítimo, no está cobijada la legitimación popular, simplemente se quiere decir que el ámbito de la legitimación se hace más amplio dando entrada a la tutela de intereses supraindividuales, aunque diferenciados y, en consecuencia, diferentes del mero interés en la legalidad. Por lo tanto,

---

<sup>461</sup> Córdón Moreno. ob.cit.... De nuevo sobre la legitimación.... pág 56

<sup>462</sup> Figueruelo Burrieza, A. Ob.. El derecho a la tutela judicial efectiva. Cit...Pág 61. Vid también Romero Coloma, Aurelia María. ***El art 24 de la Constitución Española. Análisis y valoración.*** Editorial Serlipost. Barcelona. 1993. Pág 15. Es importante apuntar aquí la STC 195/92 del día 16 de noviembre que sostiene que dice, “ después de la CE, la noción de interés directo que establece el art 28 de la LJCA, está englobado en el concepto más amplio de interés legítimo del art 24.1 de CE, precepto que emplea esta expresión en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, interés legítimo real y actual que puede ser tanto individual como corporativo o colectivo y que también puede ser directo o indirecto, en correspondencia con la mayor amplitud con la que se concibe en el texto constitucional la tutela judicial de la posición del administrado y la correlativa necesidad de fiscalizar el cumplimiento de la legalidad por parte de la administración”.

concluye CORDÓN MORENO, que después de la entrada en vigencia de la Constitución, se debe entender como interés suficiente para fundamentar la legitimación el que tienen aquellas personas, que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por su situación personal o ser destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio distinto del de cualquier otra persona, dirigida a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la prosecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de ese determinado interés propio, aun cuando la actuación de que se trate no les ocasione un concreto beneficio inmediato<sup>(463)</sup>.

Por ello, la doctrina administrativa española defiende hoy en día que el acceso a los tribunales en el proceso administrativo se extiende más allá de la protección de derechos subjetivos, existiendo situaciones en las que el ciudadano no es titular de dichos derechos, sino que está afectado por la actuación de la Administración, que son, como se dijo anteriormente, los derechos impugnatorios o reaccionales.

Como consecuencia de lo anterior, se está abandonando la tesis del interés directo que propició una tesis individualista del Derecho Administrativo y un obstáculo para potenciar la defensa de intereses no individuales, para llegar a decir que el art 24.1CE, engloba todas las situaciones jurídicas susceptibles de merecer protección judicial: la

---

<sup>463</sup> Córdón Moreno. Ob... Consideraciones cit...pág 57. Dice el autor que esta tesis, está consagrada en el art 7 de la LOPJ.

titularidad de auténticos o típicos derechos subjetivos y la titularidad del más amplio círculo de intereses que componen el ámbito vital de la persona, todas ellas como situaciones o posiciones activas<sup>(464)</sup>.

## **IV.- LA LEGITIMACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL.**

### **4.1- Generalidades.**

Según se ha dicho, la legitimación es la aptitud de ser parte en un proceso concreto. Tal aptitud viene determinada por la posición en que se encuentre el sujeto respecto de la pretensión procesal. Sólo las personas que se encuentren en determinada relación con la pretensión pueden ser parte en el proceso en que la misma se deduce. Por tanto, esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso, más íntimamente ligado con el derecho material. Cuestión clara es que un sujeto queda legitimado en un proceso o en un procedimiento en razón de la afectación previa sufrida en sus intereses o derechos cualificados, aspecto que no puede ser demostrado de buenas a primeras.

Todo lo anteriormente visto, nos lleva a una conclusión, entender que legitimación en el proceso constitucional queda referida, además de a

---

<sup>464</sup> González Cano. Ob.. Protección de intereses legítimos...cit...pág 38. Sostiene la autora refiriéndose a la justicia administrativa que “ ésta no sólo debe abordar procesos donde se discutan derechos subjetivos sino también intereses que inciden sobre la esfera privada del ciudadano, cuyas pretensiones necesariamente van más allá de la mera anulación”.

la titularidad de derechos subjetivos, a la ostentación de un interés legítimo. En el campo del derecho público, se reconocen situaciones jurídicas especiales, las cuales son mucho más amplias que en el derecho privado, rama en la cual el soporte jurídico que presenta la legitimación viene a coincidir, en un elevado porcentaje, con la titularidad de un derecho subjetivo. Esto quiere decir que la relación que une a los particulares con lo que la doctrina llama bienes de la vida, suele ser en materia de derecho privado, la proporcionada por ser los mismos titulares de derechos sobre dichos bienes. En el campo del derecho público, en cambio, no solamente la titularidad de un derecho subjetivo confiere legitimación a los sujetos para obtener una tutela judicial efectiva y de fondo, sino que también, por ejemplo, en el caso del derecho administrativo, el interés directo se comporta como soporte jurídico suficiente para ostentarla, significando ello una expansión en este campo.

Queda realmente claro que en el campo del derecho público se otorga legitimación a quienes ostenten un derecho subjetivo-con todas las facultades de disposición que sobre el mismo corresponden a priori a su titular-o un interés legítimo y directo, que otorga a quién lo ostenta el poder de reaccionar, a posteriori, frente a eventuales lesiones.

#### **4.2.- Naturaleza Jurídica.**

En cuanto a la naturaleza jurídica nos remitimos al esbozo de las diferentes concepciones mencionadas líneas atrás, a saber, la legitimación para unos es un requisito de fondo, para otros es un requisito procesal.

En el proceso constitucional la legitimación activa es un presupuesto procesal, de tal modo que sólo cuando el mismo se da, puede examinarse la pretensión. En cuanto a la legitimación pasiva, ésta ofrece un tratamiento jurídico distinto, en cuanto no exige que la pretensión se dirija frente a una persona determinada, la legitimación pasiva es un requisito de admisibilidad de la comparecencia.

Para el demandado, la legitimación asume dos aspectos esenciales. Por un lado, que sea identificado en forma adecuada y correcta la persona contra quien se deduce la pretensión; y por otro, que ella tenga posibilidades reales de ser oída, aunque este derecho sea únicamente proyección del principio de bilateralidad y no signifique que por contestar tenga ya legitimación en la causa<sup>(465)</sup>.

Por tanto las cuestiones de legitimación están sustentadas en un estricto problema de legalidad y, como tales, son temas constitucionales al estar afincadas en el acceso a la justicia, y en el derecho de defensa en juicio.

#### **4.3- Tipos de legitimación.**

---

<sup>465</sup> Chamorro Bernal, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Editorial Bosch. Barcelona. 1994. Pág 50.



Dice GONZÁLEZ PÉREZ que, siendo la legitimación la aptitud para ser parte en un proceso concreto, se pueden clasificar sus distintos tipos en función de las clases de partes y por la posición en que se encuentre la parte respecto de la relación jurídico material a que se refiere la pretensión. Con arreglo a estos criterios puede hacerse la siguiente clasificación:

a.- Legitimación para ser parte principal y legitimación para ser parte accesoria.

b.- Legitimación activa y pasiva, según que determine quién deba ser demandante y quién demandado en el proceso.

c.- Legitimación directa e indirecta, según que se adquiriera por la titularidad de la relación de fondo deducida en el proceso o por la titularidad de otra relación jurídica distinta.

#### **4.3.1- La legitimación activa.**

El Proceso Constitucional no puede incoarse de oficio por el propio órgano jurisdiccional. Solamente puede iniciarse a instancia de los sujetos legitimados. La aptitud para instar a la iniciación de un proceso concreto viene determinada por la posición en que se encuentra la parte respecto de la pretensión procesal, siendo por lo general determinante el del interés procesal. Los legitimados activamente serán distintos dependiendo de si se trate de un recurso de inconstitucionalidad o de un recurso de amparo.

La legislación procesal constitucional española limita la legitimación a determinados órganos públicos o a un número mínimo de titulares de los mismos. En los procesos en que se admite la legitimación de cualquier persona física o jurídica- solamente el de amparo- se exige como requisito el invocar un interés legítimo. No se admite en ningún caso la acción pública.

#### **4.3.2- La legitimación pasiva.**

La determinación de la persona frente a quien ha de deducirse la pretensión en el proceso constitucional vendrá en función de la disposición o acto frente a los que se deduce. En principio, será la persona de la que dimana la disposición o acto.

En España, la Constitución, arts 53.2, 161.1b) y 162.1b), de una parte y la LOTC, en su art 41.1, regulan la legitimación pasiva. Sin embargo el Tribunal Constitucional en algunas sentencias en virtud del silencio del art 43.1 de su Ley Orgánica, ha dicho que los Ayuntamientos son poderes públicos, así como los colegios profesionales, están comprendidos entre los eventuales sujetos de los que puede proceder una violación de derechos fundamentales.

La LOTC limita solamente al recurso de amparo, la legitimación pasiva de los titulares de derechos derivados del acto. GONZÁLEZ PÉREZ dice, hay que distinguir dos supuestos, según que el demandante sea o no

un órgano de la misma persona a la que pertenece el que dictó la disposición o acto. Si estamos en el primer caso, está legitimada como demandada la persona jurídica en que está integrado el órgano autor de la disposición o el acto. Y si el proceso se plantea entre órganos de una misma entidad la legitimación deberá ser referida a órganos públicos concretos. En todo caso, termina diciendo el mismo, que las mismas razones que justifican en el proceso administrativo la legitimación pasiva de las personas titulares de derechos subjetivos que derivan de la disposición o acto objeto de la pretensión, justifican la legitimación en el proceso constitucional <sup>(466)</sup>.

Otro aspecto de la legitimación pasiva es el relacionado con la vulneración de los derechos fundamentales por la acción del particular. Este punto lo trataremos al analizar la legitimación en el recurso. Tanto el problema sustancial como procesal. Sin embargo, como pincelado podemos decir que la doctrina dominante en España opina que el ordenamiento constitucional español no distingue para la validez de los derechos fundamentales, los ámbitos del Derecho público y el derecho privado, y tanto su función objetiva (como parte del sistema valores que configuran la norma básica material de identificación de normas), como en su función

---

<sup>466</sup> González Pérez...Ob Derecho Procesal .cit...pág 111.

subjetiva, (como derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades), son aplicables a las relaciones entre particulares<sup>(467)</sup>.

#### **4.3.3- La Legitimación activa en los procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Español.**

##### **4.3.3.1- Los procesos de control de constitucionalidad de las leyes.-**

En los procesos de control de constitucionalidad de las leyes, dos son los recursos que se encuadran dentro del control a posteriori. El primero de ellos el de inconstitucionalidad, que tiene por objeto la determinación en abstracto de la inconstitucionalidad de una norma, sin embargo, la cuestión más polémica y debatida por la doctrina jurídica es la relativa a la legitimación por la trascendencia y los efectos para interponer el mismo. El segundo de ellos, la cuestión de inconstitucionalidad. Y en los controles preventivos se ubica el control previo de los Tratados Internacionales.

##### **4.3.3.1.1.- El Recurso de Inconstitucionalidad.**

El art 162.1 a de la Constitución Española determina que están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos ejecutivos de las Comunidades autónomas y, en su

---

<sup>467</sup> Vid Embid Irujo, Antonio. *El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado*. R.E.D.A No 25, 1980, pág 199.

caso, las Asambleas de las mismas. Este precepto constitucional reserva, pues, la legitimación en tales casos a determinados sujetos jurídicos y órganos públicos, por razones fácilmente comprensibles, existe un sistema de *numerus clausus* taxativo y riguroso, seguramente en atención a razones de prudencia política, de seguridad y normalidad jurídica <sup>(468)</sup>.

Cuestión muy clara es que la legitimación para recurrir directamente normas con fuerza de ley es muy restringida, de manera que sólo determinados órganos o instancias políticas pueden impugnar este tipo de normas, se excluye así que cualquier persona pueda recurrir normas con fuerza de ley <sup>(469)</sup>.

---

<sup>468</sup> Sánchez Morón,, Miguel. Ob... La legitimación...cit...pág 28 Véase también García Martínez. *El recurso de Inconstitucionalidad*. Editorial Trivium. Madrid 1992. pág 147. También Arozamena Sierra, Jerónimo. *El recurso de inconstitucionalidad*. AA.VV. El Tribunal Constitucional. I.E.F. Madrid. 1981. Vol I. Pág 160.

<sup>469</sup> González Pérez. Ob.. Derecho Procesal...cit...pág 251, hace una crítica fuerte al restringido ámbito de legitimación activa en el recurso de inconstitucionalidad, diciendo que con ello el proceso de constitucionalidad se ha convertido en un cauce para discutir los litigios entre los partidos políticos, privando al ciudadano de la garantía máxima que es el proceso, para defenderse de las violaciones de la Constitución en que incurra una mayoría parlamentaria o todo el parlamento si hubiera consenso. Con esto se quiebra el sistema procesal constitucional y el derecho a la tutela judicial que proclama el art 24 de la Constitución es un derecho de acceso a cualquier jurisdicción, menos a la jurisdicción constitucional...pág 251. En un sentido parecido se pronuncia Pedro de Vega. *Constitución Española comentada*. C.E.C. Madrid, 1978. pág 349. Sin embargo es importante agregar que, el sentido de la restricción de la legitimación en la impugnación de normas con fuerza de ley, es casi común a todos los sistemas de justicia constitucional concentrada, y el mismo radica en el hecho de evitar continuas impugnaciones de las normas que se consideran elementos básicos del ordenamiento y manifestación más o menos directa, de la voluntad general.

**4.3.3.1.1.1- El Presidente del Gobierno.-** El otorgarle legitimación al presidente del gobierno supone dotarle de una facultad de evidente trascendencia, tanto en el ámbito de las relaciones Gobierno-Parlamento, como en el reparto de poder entre Estado y Comunidades. Es de observar que pese a que pueda obviamente consultar al Gobierno, la decisión corresponde a su Presidente individualmente considerado<sup>(470)</sup>.

**4.3.1.1.1.2-Defensor del Pueblo.-** Parece, en principio, que está restringida al campo de los derechos fundamentales, única tarea atribuida por el art 54 de la CE a dicha institución. Ahora bien, no puede olvidarse dice el profesor PÉREZ TREMPs, que el concepto mismo de protección de los derechos fundamentales tiene un amplísimo alcance, por lo que pocas son las normas que directa o indirectamente no pueden conectarse con dicha tarea.

**4.3.1.1.1.3-Cincuenta Diputados o Cincuenta Senadores.-**

Esta legitimación aparece básicamente como un instrumento de protección de minorías parlamentarias frente a la acción de la mayoría, ahora bien, a la vez permite a las fuerzas políticas con la suficiente representación parlamentaria reaccionar frente a las normas con fuerza de ley, dictadas tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, mediante su

---

<sup>470</sup> Un sector de la doctrina la considera muy amplia, debiendo haber sido más restringida. Al respecto Cfr. Galleoti Sergio / Rossi Bruno. *El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución*. R.E.P Nueva Época. No 7. 1979, pág 124.

impugnación ante el Tribunal Constitucional, proyectándose así al campo de la organización territorial del Estado.

Sin embargo, en la regulación constitucional no se agota la materia y el artículo 32 de la LOTC acorta la legitimación de los órganos autonómicos para recurrir al determinar “...para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto...” O sea, que no pueden recurrir contra leyes de otras Comunidades, sino solamente contra las que provienen del Estado, que tenga fuerza de ley y que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía<sup>(471)</sup>.

#### **4.3.1.1.2.- La Cuestión de Inconstitucionalidad.-**

El segundo de ellos, la cuestión de inconstitucionalidad, su objeto es la concreción de la inconstitucionalidad de una norma en función de un proceso ordinario donde se cuestiona su aplicación, surge como una

---

<sup>471</sup> Canosa Usera, Raúl. *Legitimación Autónoma en el Proceso Constitucional*. Editorial Trivium. Madrid. 1993. Pág 84. Al respecto destaca el profesor que este precepto no encaja en el art 162.1 constitucional porque reduce impropiaamente la fuerza normativa del mismo. Y también el TC STC 199/87, en cuanto al punto de legitimación ha dicho “...Que la legitimación de las Comunidades para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de la reivindicación de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico, dicha legitimación se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo cual a su vez no puede ser interpretado restrictivamente ”

cuestión incidental previa que debe resolver el Tribunal. La diferencia con el recurso está en la legitimación para recurrir y en el procedimiento de administración<sup>(472)</sup>.

La legitimación planteada aparece regulada en la Constitución y en la LOTC. Es el órgano judicial (art 163CE ), cualquier juez o Tribunal (art 35.1 LOTC), que considere en el proceso de que esté conociendo, que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución. Es el único que está legitimado para plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

La decisión corresponde, pues, al juez o Tribunal de oficio o a instancia de parte, sin que se halle vinculado por las pretensiones de las partes en tal sentido. Lo único es que se deben cumplir los requisitos para la interposición de la acción, que son que la norma cuya validez se plantea, sea la aplicable para resolver el proceso judicial en el que ha de

---

<sup>472</sup> Sánchez Morón. Ob...La Legitimación.cit...pág 30. En esta materia es opinión del Tribunal Constitucional, “... Que la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concebida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto, la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución..” También ha dicho que “... No resulta posible pretender que este Tribunal imponga a los juzgadores ordinarios el uso de la facultad que le atribuye el art 163 de la CE..” La mezcla de estos requisitos, dice Sánchez Morón, es lo que determina la legitimación de un órgano judicial



pronunciarse el órgano que suscita la cuestión y que de dicha validez dependa el fallo<sup>(473)</sup>.

Una consideración importante en la cuestión de inconstitucionalidad es que se precisa también que el juez adopte una postura activa, a saber no sólo una duda negativa, vacía de contenido, sino que debe especificar y justificar en que medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión e incluso en que razones apoya su duda sobre la constitucionalidad.

En cuanto a su naturaleza, se dice que no tiene solamente naturaleza exclusivamente objetiva, no es su fin único asegurar la primacía de la Constitución, manteniendo, por ende, la actividad del legislador dentro de los límites del ordenamiento jurídico, sino también subjetivo porque el proceso incidental tiene también como fin la tutela de los derechos de las partes que se plasma en la aplicación constitucionalmente correcta de la ley al proceso<sup>(474)</sup>.

#### **4.3.3.1.2.1- Problema de la legitimación de los afectados por Leyes Singulares.-**

---

<sup>473</sup> Ribas Maura, Andrés. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Civitas. Madrid. 1991. Pág 97. Cfr también Marín Pageo, Encarnación. *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*. Editorial Civitas. Madrid. 1990. Pág 119.

<sup>474</sup> Blasco Soto, María del Carmen. *La Sentencia en la Cuestión de Inconstitucionalidad*. J.M.Bosch. Editor. S.A. Barcelona. 1995. Pág 98.

El Tribunal Constitucional Español, utilizó la expresión *ley singular* en las sentencias número 166/86 y en la número 6/91 y las definió “ ....Leyes dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho aislado en la ley singular y no comunicable a ningún otro....”<sup>(475)</sup>.

Estas leyes se clasifican en singulares de aprobación y autorización (que son actos normativos con fuerza de ley que no afectan a relaciones jurídicas entre particulares y/o el Estado, ni invocan el ordenamiento jurídico, sino que aprueban o autorizan alguna actuación realizada por otro órgano constitucional distinto del legislador) y de intervención (son las leyes que sirven como instrumento de intervención en las relaciones Estado-Sociedad de un Estado Social y Democrático de Derecho)<sup>(476)</sup>.

---

<sup>475</sup> Montilla Martos, José Antonio. *La leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*. Editorial Civitas. Madrid. 1997. Pág 103. Dice el autor que la definición es ambigua por cuanto determina el criterio estructural desde la relación generalidad-singularidad para analizar este tipo de leyes y sin embargo lo que define a la ley singular es su estructura formal mientras que los otros rasgos (intervención, relación medio-objeto) sirven para encuadrarla dentro del género de las leyes singulares. Vid también del mismo autor *Defensa judicial “ versus “ Ley Singular de Intervención*. R.E.D.C. Año 14. No 40. Enero-Abril 1994.- Pág 231 a 321. Vid también Porras Nadales. Antonio. *Ley singular y el problema del control de su soporte causal*. R.E.P. No 30. 1989, pág 12.

<sup>476</sup> Jiménez Lechuga, Francisco Javier. *Las leyes Singulares en el Derecho Español. De nuevo sobre el caso Rumasa y su epílogo*. *La S.T.E.D.H 23/Junio de 1993*. R.C.G. No 37. 1996. Pág 137.

En España, en los procesos constitucionales en los que cabe una relación, al menos indirecta, entre el ciudadano y el Tribunal Constitucional (recurso de amparo y cuestión de inconstitucionalidad) enlazan, desde distintos presupuestos, el conocimiento previo de la supuesta lesión del Derecho ante la jurisdicción ordinaria, antes de que el Tribunal conozca la supuesta inconstitucionalidad del acto legislativo: el agotamiento de la vía judicial previa para el planteamiento de un recurso de amparo (art 44.1.a LOTC) que, a su vez, dé lugar, otorgado el amparo, a la autocuestión de inconstitucionalidad (art 55.2 LOTC) o, en todo caso, la iniciación de un procedimiento ordinario que permita solicitar al juez la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad.

La insuficiencia de vías procesales de defensa jurisdiccional del ciudadano provoca una indefensión en la legislación española. El juez ordinario no puede anular, o simplemente inaplicar un acto legislativo. Por ello, el instrumento a la tutela judicial efectiva pretende evitar la desprotección de sus derechos o intereses legítimos frente a las leyes que inciden directamente en una situación judicial subjetiva.

Ahora bien, la protección efectiva de los derechos e intereses legítimos que el ordenamiento ofrece al ciudadano frente a la actuación del legislador que incide, de una forma singularizada, en su esfera subjetiva, se concilia a través de la función que la jurisdicción constitucional cumple como garantía de la tutela judicial de los derechos e intereses de los

ciudadanos; la tutela judicial efectiva de derechos e intereses frente a leyes singulares es protegida por la garantía aneja al control constitucional de la ley. La intervención del Tribunal Constitucional es un aval de la garantía constitucional contenida en el art 24 CE <sup>(477)</sup>.

En cuanto al control de la constitucionalidad de las leyes singulares no es distinto del ordinario, lo que sí es particular es la forma de poner en movimiento el mecanismo procesal que permite al ciudadano acceder al Tribunal Constitucional en defensa de sus derechos e intereses afectados por una ley singular de intervención<sup>(478)</sup>.

---

<sup>477</sup> Montilla Martos...ob..Las Leyes.cit...pág 231. Justifica el autor lo anterior diciendo que, siendo la jurisdicción constitucional una garantía de los derechos y libertades fundamentales que los convierten en instrumento capaz de actualizar y hacer operativas las garantías constitucionales, es el Tribunal Constitucional un instrumento de acople de relaciones jurídicas que puede arbitrar una actuación legislativa adecuada a la consideración actual de la función legislativa, pero que afecta a determinadas garantías constitucionales. Por lo tanto, el control constitucional de las leyes singulares constituye una garantía efectiva de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. En concreto los mecanismos de control de constitucionalidad constituyen, desde la interpretación del Tribunal Constitucional como estructura racionalizada de garantía, garantía de la garantía.

<sup>478</sup> Montilla Martos. Ob...Las leyes...cit..., .pág 234. El problema, dice el mismo autor, no radica en la suficiencia del control de constitucionalidad de la ley que realiza el Tribunal Constitucional, sino en la inexistencia de cauces procesales que permitan al ciudadano acudir al Tribunal Constitucional en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Existen algunas dificultades prácticas para su ejercicio ante la inexistencia de un cauce procesal inmediato de impugnación..Estas leyes, por su función intervencionista y su estructura singular, confunden el momento normativo y el aplicativo, es difícil discernir un acto de aplicación recurrible ante la jurisdicción ordinaria que no puede conocer de la inconstitucionalidad de una ley cuyo monopolio de control ha sido atribuido al Tribunal Constitucional.

Un ejemplo de una ley singular de intervención es, en España el caso Rumasa<sup>(479)</sup>, donde la propia ley había efectuado la privación de bienes y derechos y la toma en posesión material de las acciones, en un acto legislativo no recurrible ante la jurisdicción ordinaria, cerrando, en consecuencia la vía hacia la jurisdicción constitucional. En este caso el afectado debió esperar un acto administrativo de ocupación material o presentar una acción interdictal de recobrar la propiedad, para acceder a la jurisdicción ordinaria que a su vez abriera el cauce para la impugnación de la ley ante el Tribunal Constitucional. Aquí el ciudadano no puede reaccionar frente a las leyes singulares de intervención que vulnere sus derechos e intereses legítimos, ni en la vía ordinaria, ni en la jurisdicción constitucional (a la que el particular no puede acudir directamente alegando la vulneración de sus derechos por una fuente legal)<sup>(480)</sup>.

---

<sup>479</sup> Parada Vázquez, J. *Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas. El caso Rumasa*. R.A.P. Ns.100-102. Enero-octubre de 1983. Pág 1156. Vid también el amplio trabajo sobre este tema de Fairén Guillén, Víctor. *Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Editorial Comares. Granada. 1996. Pág 36. Vid también Jiménez Lechuga. Ob. Las leyes...cit...,pág 200.

<sup>480</sup> Montilla Martos, José. Ob. Las leyes ..cit...pág 239. El acceso de los ciudadanos para impugnar leyes es imposible. Los presupuestos de los procesos constitucionales impiden la impugnación por un particular de leyes singulares de intervención que afecten a su ámbito jurídico subjetivo. Los procesos constitucionales se caracterizan en relación a las leyes, por a) Sólo en los procesos recogidos en el Título Segundo de la LOTC pueden aducirse pretensiones contra leyes, excluyéndose el recurso de amparo, b) la impugnación de las leyes está reservada a determinados entes públicos, no al ciudadano. Esto quiere decir que el individuo no puede impugnar una ley porque ni está legitimado para ello en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes (recurso de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad), ni puede atacar la ley en los procesos que tiene legitimación activa.

Pero a pesar de lo dicho, el T.C. en la sentencia 166/86, sostiene que en cualquier expropiación legislativa singular siempre va a existir una actuación administrativa, por lo que el afectado puede alegar una violación del principio de igualdad, abriendo de ese modo el cauce procesal ordinario. Para esto, el Tribunal ofrece al ciudadano dos vías para impugnar la legitimidad constitucional de la ley que ha afectado a sus derechos e intereses: solicitar al juez el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad o plantear un recurso de amparo, en virtud del art 14CE, agotada la vía judicial previa<sup>(481)</sup>.

#### **A.-La primera vía: La cuestión de inconstitucionalidad.-**

La primera vía aplicable al control de la constitucionalidad de las leyes singulares de intervención es la cuestión de inconstitucionalidad. A partir de la diferenciación de un acto de aplicación, impugnabile ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, o accediendo a la jurisdicción ordinaria por otras vías, como la civil, a través de una acción interdictal, el particular puede solicitar al juez la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad.

---

<sup>481</sup> Fairén Guillén. Ob.. Proceso equitativo cit...pág 58. Opina este autor al igual que gran mayoría de la doctrina española que a pesar de lo que diga el Tribunal Constitucional, en España, los cauces de control de constitucionalidad que bosqueja la Constitución ( 159 a 165CE) y desarrolla la LOTC, confirman una colisión del fenómeno de las leyes singulares con la garantía judicial efectiva de las situaciones subjetivas afectadas en la actuación singular del legislador con la garantía judicial efectiva de las situaciones jurídicas subjetivas afectadas en la actuación singular del legislador.

Ahora bien, la utilización de este procedimiento como garantía de la tutela judicial efectiva frente a las leyes singulares de intervención que supuestamente han vulnerado derechos e intereses del particular, presenta algunas características importantes. En primer lugar destacar, como ya se ha dicho, que el objeto de la cuestión no es la protección de un derecho del particular sino la declaración de conformidad o disconformidad de una norma con la constitución, en el proceso de su aplicación o en un proceso concreto.

El ciudadano afectado en su situación jurídica subjetiva por una ley de estructura singular puede, iniciado un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, solicitar al juez el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley que ha causado la lesión<sup>(482)</sup>.

Pero en el caso de que el juez a quo elevara la cuestión de inconstitucionalidad no se saldan los obstáculos de la virtualidad de este procedimiento. Se está ante un proceso convertido en el garante último del derecho instrumental a la tutela judicial en el que el único interés de las

---

<sup>482</sup> La tesis del Tribunal Constitucional en la sentencia 166/86, es que de esta forma queda satisfecho el derecho instrumental a la tutela judicial efectiva por que el juez elevaría la cuestión o, en todo caso, denegaría la solicitud. Sin embargo en esta sentencia existe un voto particular de Rubio Llorente que es compartido por el profesor Montilla Martos, en el sentido de que el derecho a la tutela judicial efectiva no queda satisfecho con la simple denegación de la solicitud, solamente si la interposición de la cuestión es un deber para el juez, fundado en el interés público, quedaría garantizado ese derecho instrumental, puesto que, ante la negativa a plantear la cuestión, cabría un recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el TC ha dicho, que es prerrogativa de los órganos judiciales y su no planteamiento no lesiona derecho fundamental alguno.

partes que ha sido protegido, es el hacerse oír en el trámite previo o incidente acerca de la procedencia de formalizar la cuestión, sin que puedan, planteada ésta, presentar alegaciones ni intervenir en defensa de sus derechos e intereses ante el Tribunal Constitucional (art 37.2.1 LOTC)<sup>(483)</sup>.

La cuestión de inconstitucionalidad fue utilizada como garantía del derecho a un proceso justo y, por tanto, requiere determinadas características que satisfagan ese derecho al margen de la discusión sobre la naturaleza de la jurisdicción constitucional, la principal de las cuales es la participación de las partes ante el T.C. en defensa de sus derechos e intereses. Esto lleva a una conclusión inevitable, que la cuestión de

---

<sup>483</sup> Montilla Martos..ob...Defensa judicial versus....pág 293. Este punto originó la condena al Estado Español en al STEDH de 23 de junio de 1993 por desconocimiento del derecho a un proceso equitativo garantizado en el art 6.1 del CEDH. En este caso el juez civil había elevado la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, único órgano funcionalmente competente para anular la ley que ha originado la lesión de los derechos e intereses de los recurrentes, pero en este proceso, concebido como el único medio disponible para defenderse ante un atentado a un derecho producido, por un acto legislativo “ que concierne directamente a un número reducido de personas”, los afectados no tienen garantizado “ el libre acceso a las observaciones de las otras partes y una posibilidad verdadera de comentarlas ”. Ésta era una ley singular de intervención que contiene directamente la toma de posesión material inmediata de bienes y derechos. Por ello, los interesados no podían combatir la expropiación ante el juez civil sin la invalidación de la citada ley... El TEDH, sostiene que los procedimientos constitucionales tienen características propias que tienen en cuenta tanto la peculiaridad de la norma a aplicar, como la importancia de la decisión para el ordenamiento. Sin embargo, si el acto legislativo concierne directamente a un círculo restringido de personas hay que garantizarles el libre acceso a las observaciones de las otras partes y una posibilidad verdadera de comentarlas en el seno del Tribunal Constitucional. Al no haber esa posibilidad, puesto que se le denegaba toda posibilidad de actuar incluso de recusar a dos magistrados cuya imparcialidad les parecía dudosa, ha sido violado el art 6.1 CEDH.



inconstitucionalidad como mecanismo de garantía de la tutela judicial efectiva frente a una ley singular de intervención no es una vía procesal apropiada puesto que, al margen de la dificultad de discernir el acto de aplicación, la capacidad del sujeto se limita a pedir al juez que eleve la cuestión sin que tenga un derecho en ese sentido y sin que pueda presentarse ante el T.C. en defensa de sus intereses sin el juez decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad <sup>(484)</sup>.

### **B.- La segunda vía: El Recurso de Amparo.-**

En primer lugar hay que decir que en el recurso de amparo se impugnan “ *disposiciones o actos sin valor de ley* ” (art 42 LOTC). Además el Tribunal Constitucional ha indicado que de acuerdo con la LOTC (art 55.1 y 2 en relación con el art 41 y ss) no puede, formularse una pretensión cuyo objeto sea la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Esto quiere decir que no se puede interponer un recurso de amparo frente a leyes

---

<sup>484</sup> Fairén Guillén, V. Ob.. Proceso equitativo cit..., pág 186. Propone este autor “que la audiencia que otorga el juez a quo conforme a lo establecido en el art 35.1 LOTC, se mantenga en la fase a quen, de una forma análoga a lo que sucede en el proceso penal con el ofrecimiento de acciones”. Vid también sobre la insuficiencia de la cuestión Montilla Martos..Ob...Leyes Singulares....cit...pág 248. Vid también García Roca, Javier. *El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario: El caso civil*. R.C.G. No 27 III Cuatrimestre 1992. Pág122. Comenta el autor “que aunque el ciudadano no sea titular de la prerrogativa del art 163 de la Constitución, en la medida que es parte en el proceso de procedencia puede tener un interés legítimo en ser oído acerca de la ley que puede aplicarse a los hechos y de cuya constitucionalidad se duda”. Almagro Nosete. Ob. Justicia Constitucional cit..., pág 237, opina que al Ministerio Fiscal le corresponde defender en el proceso de cuestión los intereses del particular, tesis que no comparte Fairén Guillén, misma obra pág 186, por que considera que ésta institución depende del Poder Ejecutivo lo cual le resta imparcialidad.

singulares de intervención, quedando como único cauce para la declaración de inconstitucionalidad de una ley singular el previsto en el art 55.2 de la LOTC, que introduce un procedimiento constitucional híbrido que permite la impugnación inmediata de una ley que vulnera derechos fundamentales, admitiéndose entre las pretensiones de la demanda la impugnación de un acto legislativo<sup>(485)</sup>.

Las autocuestiones de inconstitucionalidad que regula la LOTC, se trata de aquellos casos en los que el mismo Tribunal Constitucional conociendo un recurso de amparo, aprecie que la lesión de un derecho fundamental procede de una norma con fuerza de ley contraria a la Constitución. El Tribunal en este supuesto, a la vez que resuelve el amparo, debe plantear la posible inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley. La particularidad de este mecanismo es que el órgano que promueve la cuestión es el mismo T.C. y segundo, que en el proceso que surge la duda sobre la regularidad de la norma con fuerza de ley, se resuelve sin necesidad de que el Tribunal se pronuncie sobre la cuestión planteada<sup>(486)</sup>.

---

<sup>485</sup> Marco Marco, Joaquín. *La inconstitucionalidad en un proceso de Amparo. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. No 13. 1995. Pág 155.

<sup>486</sup> Borrajo Iniesta, Ignacio. *Amparo frente a leyes. R.A.P.* No 98. Mayo-Agosto 1982. Pág 177.

En virtud de este precepto, el Tribunal Constitucional admite la inclusión en el recurso de amparo de una pretensión directa de la inconstitucionalidad de una ley sostenida por particulares, aunque limitada a las leyes que lesionen o coarten los derechos y sean inescindibles el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la ley.

Ante el panorama descrito, MONTILLA MARTOS sostiene que la conciliación de la ley singular de intervención y el derecho instrumental a tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos, no debe limitarse a una interpretación flexible de los procesos constitucionales, sino que se hace necesario la inclusión de un recurso directo de inconstitucionalidad, directamente planteable por el ciudadano, mediante el cual pueda recurrir ante el T.C. un acto legislativo <sup>(487)</sup>. Agrega además el autor que en España, el recurso directo contra una ley en defensa de los derechos fundamentales podría incluirse sin necesidad de reforma constitucional, solamente legislativa y adoptaría la forma de recurso de amparo frente a leyes. Pues de la interpretación sistemática de la

---

<sup>487</sup> Rubio Llorente, Francisco. Ob.. La Forma del Poder..cit...pág 491. Comenta el autor que en Alemania, por ejemplo, se garantiza el derecho de cualquier ciudadano para presentar una queja ante el Tribunal Constitucional contra cualquier tipo de acción del Estado, incluyendo al legislativo que violase sus derechos constitucionales. Para la interposición de este recurso se exige no sólo que el vicio de inconstitucionalidad sea imputable al legislador, sino también que el ciudadano resulte directamente lesionado en sus derechos sin mediar ningún acto de ejecución....En Bélgica, el particular puede acudir directamente, al juez constitucional con un recurso para obtener la anulación de una ley, de un decreto o de una ordenanza.

Constitución no se excluye el amparo frente a leyes<sup>(488)</sup>, sino que la restricción viene dada por el legislador al elaborar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>(489)</sup>.

El profesor URÍAS MARTÍNEZ opina que, en el art 55.2 LOTC no puede decirse que se esté enfrentando al particular con la inconstitucionalidad más que de una manera mediata. No existe en España un verdadero Amparo directo frente a leyes. La principal ventaja, dice el autor para el ciudadano proviene, sin embargo, del hecho de que es el único procedimiento jurisdiccional en el que sus derechos constitucionales pueden realizarse directamente con independencia del rango de la norma que los menosprecie. Lo más importante de él, en cuanto al derecho de defensa constitucional es justamente lo que no dice<sup>(490)</sup>.

---

<sup>488</sup> Borrajo Iniesta. Ob. Amparo frente a ..cit..pág 213

<sup>489</sup> Montilla Martos...ob..Defensa judicial .cit...pág 314. Este proceso sí se incluyera, debe ser restringido y excepcional, que permita el control de constitucionalidad de una ley-fuente del Derecho que viole directamente, sin la intermediación de un acto de aplicación, un derecho fundamental. No es extender el amparo, sino ofrecer una solución al conflicto de las leyes singulares de intervención y el derecho instrumental a la tutela judicial efectiva que ha motivado la condena del TEDH a España en el caso Ruiz Mateos. ....De esta forma quedaría garantizada la defensa de derechos e intereses de los ciudadanos frente a las intervenciones del legislador de estructura singular. Un recurso directo de inconstitucionalidad, concretado en el amparo frente a leyes, es la vía que permite al ciudadano evitar procedimientos engorrosos e impugnar un acto legislativo que afecta su ámbito jurídico subjetivo. Vid sobre el mismo punto Rodríguez- Zapata, Ob...Autonomía local y procesos jurisdiccionales...cit...pág 274.

<sup>490</sup> Urías Martínez, Joaquín Pablo. *La cuestión Interna de Inconstitucionalidad*. Mc Graw Hill. Madrid. 1996. Pág 13. Para el autor es más exacto hablar de cuestión interna de inconstitucionalidad que de autocuestión, que es la auténtica cláusula de

Ante las reiteradas manifestaciones de la doctrina española por la laguna existente del recurso de amparo contra leyes, DIEZ-PICAZO LUIS MARÍA se pronuncia diciendo que, en realidad la única laguna que existe es con respecto a las leyes autoaplicativas, que son contra las que el ordenamiento no otorga ningún cauce legal. Y el único supuesto de leyes autoaplicativas son las leyes singulares, lo cual para este autor no es sumamente grave y el problema se solucionaría discutiéndose sobre las mismas en sede de validez constitucional sustantiva y este problema de constitucionalidad sustantiva se resolvería en un problema de vías de impugnación<sup>(491)</sup>.

Por otra parte, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, opina que la tutela frente a las leyes singulares solamente puede encausarse a través de la cuestión de inconstitucionalidad pero para ello se debe alterar este mecanismo, primero concediendo audiencia a las partes del proceso en que la cuestión se suscite, y segundo revisando el punto de que el planteamiento de que la cuestión es decisión discrecional del órgano judicial. Considera que sí es la única manera que tiene el ciudadano de defenderse, la negativa del juez

---

cierre del sistema y que afianza per se, a su rango legal, la preeminencia constitucional de los derechos fundamentales.

<sup>491</sup> Diez-Picazo Giménez, Luis María. *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*. R.E.D.C. No 40. 1994. Pág 27,28.

debe ser controlada por el Tribunal Constitucional a través de un recurso de amparo por infracción del derecho a la tutela judicial<sup>(492)</sup>.

#### **4.3.3.1.3.-El Control previo de los Tratados Internacionales.**

El tercer instrumento procesal que existe para controlar la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, es el control previo de los Tratados Internacionales. Como fácilmente se deduce de su denominación, la característica más importante de ésta técnica de control de la constitucionalidad radica en el hecho de que la fiscalización se produce antes de la entrada en vigor de la norma<sup>(493)</sup>.

En cuanto a la legitimación activa, de conformidad con el art 78.1 de la LOTC, solamente el gobierno o alguna de las cámaras pueden instar dicho control mediante el correspondiente requerimiento.

#### **4.3.3.1.4.- Legitimación activa en el proceso de Amparo Constitucional.**

El recurso de amparo es el instrumento procesal más importante de defensa ante el Tribunal Constitucional de los derechos y libertades de los ciudadanos. En cuanto tal, cumple una doble misión, por una parte sirve

---

<sup>492</sup> De la Oliva Santos, Andrés/Diez-Picazo Giménez, Ignacio. *Tribunal Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Derechos Fundamentales*. Mc Graw Hill. Madrid. 1996. Pág 210.

<sup>493</sup> López Guerra, Luis. *Introducción al Derecho Constitucional*. Vol II. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1994, pág 129

como remedio último interno de protección de los derechos del ciudadano, por otra parte, tiene una función objetiva de la defensa de la constitucionalidad al servir de instrumento de interpretación de los derechos fundamentales<sup>(494)</sup>.

Se reconoce legitimación activa (art 162,2 Const, y art 46 LOTC ), a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo. Se exige una legitimación personal específica, una relación subjetiva entre el actor y el objeto del recurso. Esta relación consiste en que aquél sea titular de un interés legítimo en la resolución del proceso<sup>(495)</sup>. La LOTC, en el art 46, hace una distinción entre los procesos de amparo que presuponen otro proceso y los que se promueven directamente frente al acto de un órgano legislativo o administrativo.

#### **4.3.3.1.5- Los Conflictos de Competencia.**

Constituyen estos conflictos parte del gran bloque de competencia del Tribunal. El Tribunal es la pieza de equilibrio de la ordenación compleja

---

<sup>494</sup> Pérez Tremps/López Guerra/ García Morillo/ Espín Templado/ Satrustegui Miguel. *Derecho Constitucional* Tirant lo Blanch. Valencia, 1994, pág 175.

<sup>495</sup> Sánchez Morón, Miguel. Ob.La legitimación ..cit.. pág 33. Sobre este punto dice González Pérez, todos los problemas del proceso contencioso administrativo, son trasladables al proceso constitucional, por cuanto, aun cuando no se exige que el interés sea personal y directo es incuestionable que para que se dé legitimación deberá darse un beneficio al demandante la estimación de la pretensión.

del poder, lo que necesariamente le convierte en un árbitro en los diferentes conflictos que puedan suscitarse <sup>(496)</sup>.

El conflicto de competencia tiene un carácter subjetivo, no se persigue en abstracto preservar la primacía de la Constitución, sino que es una acción dirigida a reivindicar para sí la titularidad de una competencia ejercida por otro. A lo que hay que añadir que sirve también para determinar la entidad competente cuando ninguno se considere habilitado para satisfacer una pretensión del interesado <sup>(497)</sup>.

En cuanto a la legitimación para plantear un conflicto positivo de competencia están legitimados exclusivamente el Gobierno del Estado y los Órganos Ejecutivos Superiores de la Comunidades Autónomas. ( arts 62 y 63 LOTC).

En el caso de los conflictos negativos, el legitimado es la persona física o jurídica interesada, sea el titular de un interés legítimo que tenga derecho a pretender de un órgano público, sin duda administrativo, la tramitación y resolución de una solicitud, pretensión o recurso. El interesado antes de acudir al Tribunal Constitucional, deberá haber agotado la vía

---

<sup>496</sup> Fernández Segado, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Dyckinson. Madrid. 1992. Pág 1126

<sup>497</sup> Sánchez Morón...Ob La Legitimación....cit..pág 46



administrativa de las entidades que declinan su competencia y entre las que se sustancia el conflicto<sup>(498)</sup>.

También se debe mencionar la legitimación que tiene el Gobierno del Estado para impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas.

#### **4.3.3.1.6.- Conflictos entre órganos constitucionales del Estado.**

Son los que oponen entre sí al Gobierno con el Congreso de los Diputados, El Senado o el Consejo General del Poder Judicial o a cualquiera de estos órganos entre sí. La ley sólo regula los conflictos positivos confiriendo la legitimación activa al órgano que estime invadidas sus competencias por otro, sin perjuicio de que todos los demás puedan comparecer en el procedimiento en apoyo del demandante o del demandado.

En consecuencia, sólo están legitimados los órganos constitucionales que culminan la organización de los distintos poderes del Estado, a saber, los plenos de Gobierno, Congreso de los Diputados, Senado y Consejo General del Poder Judicial. La LOTC, atribuye competencia al Tribunal Constitucional para resolver los conflictos que puedan plantearse en torno a las competencias o atribuciones del Tribunal de Cuentas, sin embargo son

---

<sup>498</sup> Cano Mata, Antonio. *Los Ciudadanos y su posible intervención en el Recurso de Amparo y demás impugnaciones residenciadas en el Tribunal Constitucional*. R.A.P.No 106. Enero-Abril 1985. Pág 207.

las Cámaras quienes pueden formular el conflicto a propuesta del Tribunal, pues éste actúa como delegado de las Cortes Generales<sup>(499)</sup>.

#### **4.3.3.1.7- Otros procesos. Impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas previstas en el art 161.2 de la C.E.**

Aparte de las competencias ya citadas, la legislación española contempla otras competencias para el Tribunal Constitucional. Siguiendo el orden de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se establece en España un último proceso constitucional, y es el de impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas, regulado en el art (161.2 CE y 76 y 77 de la LOTC). Para la GARCÍA MARTÍNEZ no se trata de un proceso sustantivo, por la remisión que hace la ley a los arts 62 y 67 de la misma Ley, lo que pone en evidencia la semejanza con la impugnación regulada en el art 161,2 de la Constitución con los conflictos de competencia, y que la única diferencia es que no afectan el curso del proceso, aparte de tener un significado puramente político y además que las disposiciones impugnadas quedan en suspenso, lo cual no sucede con los conflictos positivos<sup>(500)</sup>.

---

<sup>499</sup> Pérez Tremps, et alt. Ob. Derecho Constitucional.cit.. pág 138.

<sup>500</sup> García Martínez, Asunción. Ob... El recurso de Inconstitucionalidad...cit...pág 37. Rubio Llorente/Aragón Reyes. Ob... Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del....cit...pág 165, opinan que este precepto carece de justificación, ya que si la disposición de la Comunidad Autónoma tiene rango de ley, el Gobierno podrá impugnar su inconstitucionalidad de conformidad con el art

Lo que la norma pretende es que la mera impugnación por el Gobierno que es el único que tiene legitimación activa, suspenda la ejecutividad de la disposición o resolución de la Comunidad Autónoma que se cuestiona.

---

161.1a) de la Constitución, y si el rango normativo es inferior la vía adecuada será la contenciosa administrativa conforme al art 153 c) CE.

## CAPITULO TERCERO

### LA LEGITIMACIÓN DEL CIUDADANO EN EL DERECHO

#### COMPARADO.

#### I.- El Sistema de Justicia Constitucional Italiano.

##### 1.1- Generalidades.

El sistema de Justicia Constitucional Italiano fue establecido en la Constitución del 27 de diciembre de 1947 y la Corte Constitucional entró en funcionamiento en abril de 1956<sup>(501)</sup>. Por contraste con los demás órganos del Estado que regula la Constitución Italiana, el mismo no tiene precedente alguno<sup>(502)</sup>. En Italia, al igual que en los demás países continentales, la

---

<sup>501</sup> Rubio Llorente, Francisco. *La Corte Constitucional Italiana*. Rev.F.D.V. No 31. Junio 1965. Pág 205. “Es un órgano de auténtica estructura judicial cuyos inevitables componentes políticos se encuentran localizados en la elección de los jueces”.

<sup>502</sup> Pizzorusso, Alesandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. C.E.C. Madrid. 1984. III Edición. T.II. Pág 1. Vid. también del mismo autor *El Tribunal Constitucional Italiano*. En *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales*. C.E.C. Traducido por Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas. 1984. Pág 233. Vid también de Rodríguez-Zapata y Pérez, Jorge. *¿La Corte Constitucional italiana. Modelo o Advertencia?* AA.VV. El Tribunal Constitucional. I.E.F. Madrid. 1981, pág 2415.

designación de los jueces es el resultado de acuerdos o compromisos políticos entre los diversos Partidos Políticos.

El constituyente italiano pensó siempre en un órgano que estuviese en condiciones de garantizar el respeto efectivo de los derechos fundamentales del ciudadano y que fuese, al mismo tiempo, una instancia capaz de desarrollar un papel arbitral en los conflictos entre órganos y entes constitucionales<sup>(503)</sup>.

Las fuentes de regulación de la Corte son disposiciones constitucionales, disposiciones legislativas ordinarias, disposiciones reglamentarias de misma Corte, y las disposiciones contenidas en el reglamento de procedimiento para los juicios ante el Consejo de Estado que le sirven de derecho supletorio, así como los reglamentos parlamentarios<sup>(504)</sup>.

## **1.2- Estructura de la Corte Constitucional.**

La Corte Constitucional italiana actúa en dos articulaciones orgánicas. Una que se puede considerar como normal y válida para el ejercicio de la generalidad de las competencias y la otra para los procesos penales.

---

<sup>503</sup> Zagrebelsky, Gustavo. Ob. *Giustizia*.cit..pág 89

<sup>504</sup> Sorrentino, Federico. *Lezioni sulla giustizia Costituzionale* .Giappicheli Editore. Torino. 1991. Pág 20

La primera está compuesta por quince jueces y puede funcionar como mínimo once miembros. La otra está integrada por los quince regulares, mas dieciséis jueces constitucionales agregados que no forman parte de modo estable de la Corte. En esta competencia hace el quorún con veintiún miembro dentro de los cuales la mayoría debe ser de los agregados<sup>(505)</sup>.

Los jueces ordinarios de la Corte son designados en tercios por el Parlamento, el Presidente de la República y el otro tercio por las magistraturas supremas ordinarias y administrativas. Y deben ser electos entre magistrados, incluso jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativas profesores de derecho de las Universidades y abogados, siempre y cuando tengan veinte años de ejercicio profesional. Se elige un presidente por un período de tres años y su nombramiento puede ser prorrogado<sup>(506)</sup>. En cuanto a la duración del nombramiento es de nueve años, no reeligible e incompatible con el ejercicio de cualquier actividad, sea política, docente o profesional<sup>(507)</sup>. Los jueces constitucionales agregados,

---

<sup>505</sup> Vid Virga, Pietro. *Diritto Costituzionale*. Giuffrè. Milano. IX. Edición. 1984. Pág 515.

<sup>506</sup> Crisafulli, Vezio. *Lezioni de Diritto Costituzionale*. Vol II. L. Ordinamento Costituzionale Italiano (La Corte Costituzionale). CEDAN. Padova. 1984. Pág 242.

<sup>507</sup> Pizzorusso, Alesandro. Ob....Lezioni .....cit...., pág 4. Dice el autor que en Italia “a pesar de que siempre se penso en la idea de crear un órgano de síntesis de los tres poderes clásicos, sin embargo en la realidad no ha funcionado”.

se eligen en sorteo dentro de un conjunto de ciudadanos que deben cumplir los mismos requisitos para Senador, por un período de nueve años<sup>(508)</sup>.

En cuanto a su funcionamiento, cuenta con un estatuto y posee autonomía presupuestaria y administrativa y su sede es inviolable. Toma sus decisiones en sesión plenaria, no está dividido en cámaras, y es convocado por el Presidente, quién fija el orden del día y preside las reuniones.

También tiene la facultad del Presidente de convocar la Corte como Cámara de Consejo para dictar autos o sentencias sobre una manifiesta ausencia de fundamento. En la toma de decisiones se exige quorún de once jueces y debe estar presente un juez de cada categoría. Dicta sus fallos por mayoría de los votantes, en caso de empate el Presidente tiene voto de calidad. Emite sus fallos en forma de sentencia, pero también dicta en procedimientos interlocutorios, autos sucintamente motivados<sup>(509)</sup>.

### **1.3.- Competencias de la Corte.**

La Corte Constitucional italiana tiene marcada sus funciones como garante de los derechos fundamentales del ciudadano, así como árbitro de

---

<sup>508</sup> Mortati, C. Ob.. Istituzioni...cit...pág 1367.

<sup>509</sup> Zabrebelsky, Gustavo. Ob.. Giustizia....cit..pág 89.

los conflictos entre los titulares de las Supremas Magistraturas del Estado y entre el Estado y las Regiones.

La primera función, siendo la garantista, se muestra principalmente en el control de la constitucionalidad de las leyes en vía incidental. La Corte lo lleva a cabo junto con los Tribunales ordinarios partiendo de unas reglas de procedimiento que hacen del proceso seguido ante la Corte, una continuación del seguido ante el juez ordinario, esto a pesar de que el proceso constitucional es autónomo y los efectos trascienden el juicio ordinario<sup>(510)</sup>.

En la vía principal en Italia, solamente hay un supuesto donde se protegen intereses distintos a los de los entes territoriales o que no se hagan valer por el Estado como intereses generales<sup>(511)</sup>, y es el caso de regulación de recursos en protección de intereses lingüísticos contra leyes regionales del Trentino Alto-Adigio.

---

<sup>510</sup> Pizzorrusso, Alessandro. Ob. Lezioni.cit..pág 9. Dice el autor que la función garantista relega a un segundo plano ciertos rasgos propios de la función arbitral, tales como la previsión de intervención del Presidente del Consejo, y las normas que prescriben formas de publicidad destinadas a dar a conocer ciertos actos procesales a la generalidad de los ciudadanos o a determinados órganos constitucionales. Por su parte Zagrebelsky ob. Giustizia....cit..pág 104, dice “que la función garantista que ejerce la Corte con ocasión del control incidental tiene potencialmente carácter general”.

<sup>511</sup> Vid una explicación profunda del funcionamiento de la vía directa de inconstitucionalidad en Italia en Canosa Usera, Raúl. Ob... La legitimación Autonómica en el Proceso cit....., Pág 18



Por su parte, la función arbitral, la Corte la realiza cuando conoce los conflictos de atribución entre los poderes del Estado, entre el Estado y las Regiones o entre las Regiones mismas. También cuando juzga sobre la admisibilidad del requerimiento de Referéndum derogatorio y, por último, cuando juzga los delitos presidenciales y ministeriales.

En cuanto a la primera competencia de la Corte, el control de la Constitucionalidad de las leyes se presenta en dos dimensiones.

La primera, ya citada, el control incidental o concreto concierne a las cuestiones de inconstitucionalidad en las que la Corte es instada por un juez que debe aplicar una disposición o la norma que constituye el objeto del proceso. Y un control principal o abstracto que concierne a las cuestiones propuestas por el Gobierno contra las leyes regionales tras un control preventivo de las mismas<sup>(512)</sup>.

El control constitucional de las leyes, en sus dos dimensiones, consiste básicamente en la apreciación de la legitimidad constitucional<sup>(513)</sup> de ciertas categorías de actos aludidos en el art. 134 de la C.Italiana, leyes y

---

<sup>512</sup> Vid. Zagrebelsky, Gustavo. ob...Giustizia ....cit...pág 234. Dice el autor “que a pesar de que se suele distinguir los recursos principales en una sola categoría conceptual, existen diferencias que distinguen la iniciativa del Estado de las Regiones, no solamente en el procedimiento de ambas iniciativas sino también en su significado en términos generales”. Sin embargo hay que dejar claro que en el ordenamiento italiano existe un control preventivo de constitucionalidad, el Gobierno puede deferir al Tribunal las leyes regionales antes de que sean promulgadas.

<sup>513</sup> Sorrentino, Federico..Ob ...Lezioni.....cit..pág 23.

actos con fuerza de ley del Estado y las Regiones. Esta apreciación consiste en analizar el acto impugnado desde la doble perspectiva de la regularidad de su procedimiento de formación y de la compatibilidad de su contenido normativo con el que es propio a los preceptos asumidos como parámetros<sup>(514)</sup>.

Las normas que pueden ser objeto de control son las disposiciones contenidas en las leyes estatales, regionales y provinciales, así como en los actos normativos del gobierno con fuerza de ley, verbigracia decretos leyes, decretos delegados, y los decretos en los que se contengan normas de ejecución de los estatutos regulares especiales.

En cuanto al objeto de control, la doctrina italiana discute si son las disposiciones o por el contrario las normas, llegándose a la conclusión, que cuando se está ante el control incidental que va ligado a un proceso a quo en que el que la norma cuestionada ante la Corte ejerce aquella función típica, parece claro que el juez elabore la norma misma a los fines de su

---

<sup>514</sup> Crisafulli, Vezio. Ob.. Lezioni .cit.pág 267. En resumen dice el autor que el italiano “es un control de legitimidad, careciendo la Corte de potestad para un control de oportunidad, para una valoración de la naturaleza política y para cualquier control sobre el empleo del poder discrecional del Parlamento. También es importante agregar que la doctrina italiana clasifica los vicios de legitimidad en formales y materiales. En primer lugar están los vicios de procedimiento del acto y los segundos los vicios de incompetencia, violación de ley y desviación de poder”. Por otra parte la Constitución Italiana excluye del poder del Tribunal el control de oportunidad. En el art 127 constitucional, que se refiere al control previo de las leyes regionales, distingue entre la competencia del Tribunal para juzgar los vicios de legalidad y la que corresponde al Parlamento para juzgar vicios de oportunidad.

aplicación y antes de considerarla como objeto eventual de una cuestión de constitucionalidad.

En cambio en la vía principal al no existir una norma elaborada respecto de ningún caso específico, el recurso afecta en principio a todas las interpretaciones que se presentan teóricamente como posibles, a todas las normas que, partiendo de la disposición cuestionada, podrían hacerse. Aquí la Corte debe considerar como objeto del mismo el íntegro potencial normativo de la disposición impugnada<sup>(515)</sup>.

La segunda competencia que regula el art. 134 de C.Italiana es el conflicto de atribuciones entre los poderes del Estado y entre el Estado y las Regiones mismas<sup>(516)</sup>. Se distinguen dos tipos de actividades, una los conflictos entre entes, que se aproxima a los recursos en vía directa, que desarrollan entre los mismos sujetos y tienen una estructura procesal análoga. Se han empleado para ejercer un control sobre la actividad de las Regiones y de las Provincias.

---

<sup>515</sup> Pizzorusso, Alessandro. Ob. Lezioni.cit..pág 21.

<sup>516</sup> Cerri, Augusto. *Corso de Giustizia Costituzionale*. Giuffrè. Milano. 1994. Pág 130. Comenta el autor que en Italia "... los conflictos entre poderes del Estado es un de los puntos de más elevada tensión. Esto porque la Constitución Italiana no corresponde, en todo, a la tripartita clásica idea de la división de poderes, sino que se desarrolla en un completa articulación de poderes y contrapoderes, conforme a una democracia que ha superado el umbral del puro liberalismo y se ha comprometido con las instancias de participación y los contrastes sociales ...".

Por el contrario el segundo tipo, los jurídicos se dan entre los poderes del Estado en Italia son casi inexistentes <sup>(517)</sup>.

La tercera competencia del Tribunal que establece el art. 134 citado, se refiere a los juicios promovidos contra el presidente de la República y los Ministros de acuerdo con la Constitución. Se trata de una competencia jurisdiccional penal en cuyo ejercicio la Corte se presenta como un juez especial respecto de la jurisdicción ordinaria<sup>(518)</sup>.

La cuarta competencia versa sobre la admisibilidad del referéndum derogatorio, es uno de los controles por los que debe pasar la iniciativa. La Corte lo que hace aquí es verificar si la ley que se propone derogar entra o no dentro de las materias que, de acuerdo con la Constitución, no pueden ser objeto de ésta consulta <sup>(519)</sup>.

Por último, fuera de las competencias del art. 134 de la Constitución, se regulan otras competencias que, en forma meramente descriptiva, son las que se atribuyen en virtud de la independencia de la Corte, tales como la

---

<sup>517</sup> Vid al respecto Gladio, Gemma. *Conflitti de atribuzione fra poteri dello Stato e sindacato sugli atti giurisdizionale*. RivDPr. Cedam. Padova. No 2 1997. Aprile-Giugno. Pág 452 a 484. Vid también Canosa Usera, Raúl. Ob.. La legitimación en el Proceso Constitucional..cit..., Pág 20.

<sup>518</sup> Zagrebelsky...ob..Giustizia...cit..pág 393.

<sup>519</sup> Baldassarre, Antonio. *Il Referendum Costituzionale*. Q.C. Anno XIV. No.2. Agosto 1994. Pág 235 a 259.

verificación de Poderes de sus miembros, requisitos de admisibilidad y otros, la competencia para analizar los recursos planteados por el personal a su servicio, la autonomía reglamentaria y administrativa y la protección de su sede<sup>(520)</sup>.

En lo que interesa a efectos de nuestro trabajo, sea la legitimación del ciudadano, en Italia sólo existe con algunas matizaciones en los procesos de control de constitucionalidad por vía incidental o indirecta como lo llama alguna parte de la doctrina, por lo que sobre el mismo nos abocaremos a analizarlo en relación también con la protección de los derechos fundamentales. En los demás procesos constitucionales el ciudadano no tiene legitimación alguna.

#### **1.4- Control incidental de la Constitucionalidad.**

El carácter incidental de la cuestión de constitucionalidad se muestra cada vez más como el rasgo fundamental del sistema de justicia constitucional italiano <sup>(521)</sup>, como la función más importante y definida de la Corte, aparte de que es la única competencia que de un modo más directo

---

<sup>520</sup> Pizzorusso, Alesandro. ob...Lezioni...cit....pág 30.

<sup>521</sup> Cerri, Augusto. Ob.. Corso cit...pág 54.

toma en consideración la protección de los derechos fundamentales y por consiguiente tiene participación el ciudadano<sup>(522)</sup>.

Para el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad, el ordenamiento italiano exige que la ordenanza, o auto como se llama en España, reúna tres condiciones. Primero, legitimidad del que pronuncia la misma para plantear la cuestión; segundo la importancia de la misma, relevancia de la cuestión por referencia a la decisión a tomar por el juez a quo y tercero que la cuestión no sea manifiestamente infundada<sup>(523)</sup>.

---

<sup>522</sup> Zagrevsky, G. Ob.. Giustizia...cit...pág 175. Vid. *Giudizio "A quo" e promovimento del processo costituzionale*. Atti, del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta. Nei giorni 13 e 14 nov. 1989. Giuffrè. Milano. 1990.

<sup>523</sup> Un comentario detallado de las condiciones se puede ver en Pizzorusso. Ob.. Lezioni...cit...pág 30. En cuanto a la primera condición exigida, la Corte se ha decantado por reconocer competencia al juez a quo, tanto si se trata de sujetos encuadrados en la magistratura ordinaria, incluso cuando ejercen funciones de naturaleza dudosa, como cuando se trata de sujetos que no tienen esta cualidad, pero están investidos de funciones ciertamente jurisdiccionales. En lo referente a la segunda, la importancia determinante de la cuestión en el proceso a quo constituye la conexión lógica que une al proceso constitucional con el proceso en el que se ha producido la cuestión y en el que la eventual sentencia de admisión de la Corte ejercerá sus efectos más inmediatos. La doctrina italiana sostiene que la importancia determinante de la cuestión subsiste cuando dicha disposición o norma debe ser aplicada por parte del juez a quo en el marco de cualquier tipo de decisión que dicho juez debe adoptar para zanjar el litigio. Y por último, que no sea manifiestamente infundada, tiene como función realizar un filtro que impida someter a conocimiento de la Corte cuestiones insostenibles. Existe actualmente una política de la Corte de controlar la motivación dada a las cuestiones y hayan llegado incluso a declarar algunas cuestiones inadmisibles. Es importante destacar aquí que la Corte ha permitido que se interpongan cuestiones sobre la totalidad o parte de un texto de un acto normativo, así como las normas que se puedan deducir por vía de interpretación de una o varias disposiciones, incluso si no están literalmente plasmadas en ninguna de ellas. También ha dicho que los hechos normativos no pueden ser objeto de control, si no es atacando la disposición contenida en un acto que eventualmente

El procedimiento para el control incidental de la constitucionalidad o control de conformidad de las leyes -en palabras de CALAMENDREI<sup>(524)</sup>- se divide en dos fases: La primera de ellas se desarrolla ante cualquier juez, (ordinario o especial, civil, penal, administrativo, etc), comprendida la propia Corte, y se presenta como una secuencia del proceso en curso, cualquiera que sea su estado o grado, (instrucción, decisión, ejecución, o bien primera instancia, apelación, casación etc.) y es indiferente que se encuentre en fase de deliberación sumarial, como en etapa de fallo, quedando al margen el problema de la relevancia de la cuestión <sup>(525)</sup>.

---

reunía aquellos. En contraposición están excluidos del control los reglamentos del ejecutivo, y las convenciones de trabajo.

<sup>524</sup> Vid. Calamandrei, Prietro. *La ilegitimidad en el proceso civil*. En Estudios de Derecho Procesal. EJEa. Buenos Aires. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Vol III. 1986 Pág 39.

<sup>525</sup> Catelani, Elizabetta. *La determinazione della "questione di legittimità costituzionale" nell'giudizio incidentale*. Giuffrè. Milano. 1993. Pág 79. Este es un proceso que puede ser iniciado a causa de una específica pretensión de una de las partes del juicio a quo, donde indica las disposiciones legislativas que considera violadas. Esta iniciativa le corresponde también al Ministerio Fiscal, si actúa como parte o cuando intervenga a tal fin en la causa, siempre que sea posible. Una vez presentada la pretensión para plantear la cuestión de constitucionalidad tiene lugar un debate sobre su procedencia, según reglas aplicables al proceso de que se trate y en virtud también de la etapa en que éste se encuentre. La decisión sobre la misma se adoptará junto con la resolución sobre las demás pretensiones y requerimientos que hayan presentado las partes hasta ese momento, aunque nada impide el que la cuestión de constitucionalidad sea objeto de una decisión preliminar propia, adoptada independientemente de las resoluciones sobre las demás cuestiones que lógicamente sucedan. La decisión que la acoge es un auto mediante la cual el juez traslada a la Corte Constitucional la cuestión de constitucionalidad suscitada, donde ordena a tal fin a) que se trasmitan a la Corte los actos procesales realizados hasta el momento y

En este proceso se exige como requisito que la ordenanza de reenvío<sup>(526)</sup>, como se le llama en Italia, sea motivada, siendo suficiente una simple referencia a los motivos de la pretensión de la parte, a los que el juez podrá añadir eventualmente otras consideraciones relativas, por ejemplo, a la fundamentación de la cuestión o a su relevancia. Pudiendo también el juez rebatir algunos de los motivos deducidos por la parte, lo que no implica reducción alguna de los términos de la cuestión, a no ser que lo que se haga sea afirmar la irrelevancia de la manifiesta falta de fundamentación de

---

que se proceda a las comunicaciones y notificaciones prescritas por la ley, b) que se suspenda el proceso a quo o al menos aquella parte del mismo respecto de la que la resolución de la cuestión resulta perjudicial y por consiguiente irrelevante. La referida ordenanza debe ser comunicada a las partes del proceso a quo, al Ministerio Fiscal, y al Presidente del Consejo o de la Junta Regional, según que la ley sea estatal o regional. Esto tiene como finalidad que las partes se personen ante la Corte dentro del término de 20 días. Este término tiene como objeto que las partes puedan constituirse como tales en el proceso constitucional, acreditando el poder correspondiente con las alegaciones y documentos que consideren útiles para el proceso. Transcurridos los veinte días el Presidente fijará por providencia el día para la vista convocando a la Corte. Las partes serán notificadas también con veinte días de anticipación y podrán, hasta el día doce, entregar en la secretaria de la Corte una memoria ilustrativa de conclusiones formuladas. Lo presentado por las partes será entregado a cada uno de los jueces de la Corte. La vista será pública y en ella el juez ponente expondrá las cuestiones y el planteamiento de las conclusiones por las partes. Una vez terminada la misma se procederá a la debiberación y los acuerdos serán tomados por mayoría de los jueces que hayan asistido a todas las audiencias en las que se ha desarrollado el proceso. Una vez votado el fallo, el Presidente designa un juez para que se encargue de la redacción de los motivos del mismo que será discutido y aprobado en la sesión deliberante posterior. La decisión se comunica a las partes dos días después. Luego a las partes del proceso a quo, a la autoridad judicial que haya promovido la cuestión y al Ministerio de Justicia o al Presidente de la Junta Regional para que se proceda a la publicación inmediata de la parte dispositiva de la sentencia estimatoria antes de que transcurran diez días. Las decisiones desestimatorias serán objeto de una sumaria publicación. Las sentencias de la Corte no tienen recurso alguno y tampoco condenan al pago de costo alguno, pues en Italia los procesos constitucionales corren por cuenta del presupuesto de la Corte.

<sup>526</sup>Crisafulli, Vezio. Ob.. Lezioni..cit...pág 298



alguna de las cuestiones suscitadas en la pretensión, una vez que se las ha separado de las efectivamente remitidas al Tribunal. Y la resolución mediante la que se rechaza la pretensión es un auto donde el juez declara que la cuestión está manifestamente infundada <sup>(527)</sup> o que resulta irrelevante para el proceso en curso <sup>(528)</sup>.

Ahora bien, como ya se ha dicho, la cuestión tiene que ser relevante, relevancia expresa, un ligamen entre la cuestión constitucionalidad y el juicio a quo<sup>(529)</sup>, sin embargo no basta para afirmar la relevancia que los presupuestos de la cuestión prejuzgada sean meramente de verificación probable en el curso del proceso, siendo necesario que se haya producido en concreto el hecho al que deberá ser aplicada la disposición de la ley que constituye el objeto de la cuestión de constitucionalidad<sup>(530)</sup>.

---

<sup>527</sup> Sobre la manifestación infundada, Lavagna, Carlo. *Problemi di Giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta infondatezza*. En *Ricerca sull Sistema Normativo*. Giuffrè. Milano. 1984. Pág 529

<sup>528</sup> Pizzorusso, Alessandro..ob....Lezioni.....cit..pág 35. Dice el autor que “ el fin del control a cargo del juez es el evitar que el incidente de constitucionalidad se emplee como un instrumento cómodo para lograr la suspensión de los juicios mediante la presentación de cuestiones carentes de fundamento alguno, lográndose así, de un modo secundario, que la Corte no vea desbordada su labor. La mayoría de las veces que se declara infundada es cuando la inconsistencia de los argumentos que la sostienen no son tan claros, ello sin hacer un esfuerzo de especiales argumentaciones ”.

<sup>529</sup> Crisafulli, Vezio. Ob.. Lezioni..cit....pág 280.

<sup>530</sup> Sorrentino, Federico. Ob...Lezioni.. .cit.....,pág 49.

La otra forma en que se puede plantear la cuestión es de oficio por el juez, en este caso si considera la situación relevante y parece manifiestamente fundada, la elevará a la Corte. En resumen, la medida que decide el incidente de constitucionalidad y afirma que es relevante y no manifiesta falta de fundamento, desarrolla dos funciones diferentes en cuanto al juicio a quo y por lo que se refiere al proceso constitucional. La primera frente al proceso a quo, ya que el auto de remisión supone la suspensión del mismo que será total o limitada a la parte afectada por la cuestión y que se prolongará hasta el momento en que el juez reciba la comunicación del Tribunal.

La segunda respecto al proceso constitucional, el auto de remisión es su acto introductorio, fijándose por lo mismo en él el objeto y las partes de esta litis<sup>(531)</sup>.

En cuanto al objeto, rige la correspondencia entre lo demandado y lo fallado. La Corte sólo puede considerar las disposiciones legislativas, indicadas en el auto de remisión<sup>(532)</sup>.

En este proceso, la legislación italiana establece que la *constituición de parte es facultativa*, no sólo en el sentido de que, si no se apersonan o

---

<sup>531</sup> Sorrentino..Ob...Lezioni...cit..pág 39.

<sup>532</sup> Vid Esposito, Mario. *Sul principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato nel giudizio incidentale de legittimità costituzionale*. RivDPr No 4. Oct-dic 1996. Pág 1130.

desarrollan argumento alguno no supone consecuencia alguna, porque el proceso continua por impulso de oficio<sup>(533)</sup>. En virtud de esto un sector de la doctrina de ese país ha llegado a encontrar similitud de este proceso con las funciones de jurisdicción voluntaria ejercidas por el juez ordinario<sup>(534)</sup>. Ahora bien, pueden ser partes en el proceso constitucional, todas quienes lo hayan sido en el proceso a quo en el momento en que se adopto el auto de remisión, independientemente de que tengan o no interés concreto en la resolución de la cuestión.

No serán admitidos como partes en el proceso aquellos sujetos que, aun teniendo un título de intervención en el juicio a quo, no hayan tenido todavía una intervención en el mismo<sup>(535)</sup>.

Para terminar hay que decir que las declaraciones de ilegitimidad constitucional por parte de la Corte tienen desde el punto de vista subjetivo, eficacia erga omnes, como, por lo general, ocurre con los actos normativos que constituyen fuente de derecho. Y desde el punto de vista objetivo, la sentencia estimatoria puede declarar tanto la inconstitucionalidad de una

---

<sup>533</sup> Zagrebelsky, G. ob.. La Giustizia...cit pág 227. Dice el autor que... “ Il contadittorio è dunque eventuale: nel giudizio costituzionale è una possibilità, non una necessità.”

<sup>534</sup> Pizzorusso, A. ob....Tribunales Constitucionales...cit..pág 241.

<sup>535</sup> Pizzorusso, Alesandro..ob..Lezioni...ob...cit.....pág 41.

disposición, como de una norma. La característica principal de las sentencias-estimatorias o desestimatorias- es que no constituyen cosa juzgada y permiten, por lo tanto, replantear la cuestión en el futuro. Son decisiones desestimatoria tanto aquellas que declaran la cuestión no fundada, como aquellas que la declaran manifiestamente infundada, la diferencia entre ambas consiste en que éstas últimas pueden ser adoptadas incluso mediante auto sin discusión en audiencia pública.

Las declaraciones de manifiesta falta de fundamentación son además las únicas decisiones de fondo relativas a la cuestión de constitucionalidad que pueden ser dictadas, no solamente por la Corte, sino también por el juez a quo<sup>(536)</sup>. Es importante mencionar que en la legislación italiana rige el carácter colegiado de la motivación, en lo referente a las sentencias de la Corte Constitucional no existe el sistema de diversificación de opiniones que caracteriza el ejercicio de esta jurisdicción en otros ordenamientos<sup>(537)</sup>.

---

<sup>536</sup> Cervati, Angelo Antonio. *Incostituzionalità delle leggi de efficacia delle sentenze delle Corti Costituzionali austriaca, Tedesca e Italiana*. Q.C. Anno IX No 2. 1989. Pág 259. En Italia las decisiones estimatorias han sido interpretadas generalmente de conformidad con el art 136 de la Constitución, en el sentido de que comportan no solamente la ineficacia hacia el futuro de la disposición o norma declarada inconstitucional, sino también la inaplicación de ésta a relaciones aun pendientes, de lo que se deduce una cierta eficacia retroactiva de la sentencia.

<sup>537</sup> Vid Pizzorusso, A. *Le opinioni dissenzienti e il ruolo attuale della Corte Costituzionale*. Q.G. No 1. 1994. Pág 33.

No se debe dejar de mencionar aquí, aunque sea en forma somera, la interminable discusión que existe en Italia a nivel doctrinario<sup>(538)</sup> sobre las sentencias que dicta la Corte, discusión que se da en todos los países donde funciona el modelo de justicia concentrada. Existen muchas divisiones que hace la doctrina entre decisiones de inadmisión y decisiones de fondo, y respecto a estas últimas la distinción básica es entre decisiones desestimatorias y decisiones estimatorias que pueden ser eventualmente parciales. Se habla por consiguiente de sentencias aditivas, manipulativas, interpretativas, sustitutivas, de delegación etc<sup>(539)</sup>.

### **1.5-La Protección de los derechos Fundamentales.**

La expresión derechos fundamentales<sup>(540)</sup> no existe en la Constitución Italiana que, sin embargo, prevé una gran lista de derechos del hombre y del

---

<sup>538</sup> D 'Orazio, Giustino. *Aspectos y problemas de la Justicia Italiana*. R.V.A.P. No 31. 1991. Pág 69.

<sup>539</sup> Pizzorusso, A. ob..Tribunales Const...pág 253. Vid del mismo autor *Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional*. AA.VV. Tribunal Constitucional. I.E.F. Madrid. 1981. Vol 1 pág 275. En España vid Gutiérrez Zarza, María de los Ángeles. Ob..Las sentencias aditivas del Tribunal Constitucional Español cit.....pág 1003.

<sup>540</sup> Pace, Alessandro. *La garanzia dei diritti fondamentali nell ordinamento costituzionale italiano.Il ruolo del legislatore e dei giudici comuni*. RivTDDPr.civ. No 3. 1989. Pág 685. Al respecto dice el autor "...non esistono diritti costituzionali fondamentali..."

Ciudadano, según la tradición constitucional de origen liberal. Esta lista, dice ZAGREBELSKY se puede dividir en derechos del hombre cuya extensión depende directamente de la Constitución y derechos sometidos a la reserva de su adecuación al interés público, tal como es definido por la ley <sup>(541)</sup>.

Por otra parte, hay que decir que la Constitución Italiana emplea la expresión inviolables. ZAGREBELSKY dice que todos los derechos puestos en la Constitución se han de situar, bien en la categoría de derechos inviolables, o bien en aquella otra de los derechos debilitados y subordinados al interés público. A su vez para este autor los derechos inviolables equivalen a los derechos fundamentales, esto porque son expresiones que son usadas indistintamente <sup>(542)</sup>.

En Italia la protección de los derechos fundamentales no se da como en España y Alemania a través del recurso de amparo <sup>(543)</sup>, sino que se

---

<sup>541</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El Tribunal Constitucional Italiano*. En la Obra Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. C.E.C. Madrid. 1984,pág 413.

<sup>542</sup> Zagrebelsky. Ob.. *Giustizia...*cit...Pág 418. Dice el autor que “ son derechos fundamentales porque define la relación esencial en toda formación política entre la organización y sus poderes, de una parte, y los individuos, los elementos más simples de aquella, de otra. Y se trata de derechos inviolables porque toda violación sería inadmisibile en cuanto que entrañaría una alteración de los principios éticos y políticos en que se basa la legitimidad de las instituciones políticas ”.

<sup>543</sup> Fix Zamudio, Héctor. *Los Tribunales Constitucionales y Derechos humanos*. Editorial Porrúa. México. 1985. Pág 74. Refiriéndose al ordenamiento italiano dice este autor que es muy lamentable que no se prevea la existencia de un instrumento

desarrolla en el cuadro de procesos ordinarios, civiles, penales o administrativos.

Es a la Corte Constitucional a través de su función de control de constitucionalidad de las leyes, tanto en la vía prejudicial como a través de la acción directa, a la que le corresponde tutelar los derechos consagrados en la Constitución, declarando inconstitucionales, con efectos generales, las disposiciones que vayan en contra de tales derechos <sup>(544)</sup>.

El control de la constitucionalidad de las leyes que debe aplicarse a un caso determinado, se desarrolla en el marco de un proceso incidental,

---

similar al recurso de amparo de otras legislaciones, que pudiera promoverse por afectados directamente ante la Corte, por que la Constitución Italiana es una de las más avanzadas en cuanto a derechos individuales y sociales de la posguerra. Sin embargo, para una gran parte de la doctrina italiana entre ellos Cappelletti, M. **Questioni nuove(e vecchia) sulla Giustizia Costituzionale.** En G.C. 1990. Pág 858, en Italia no es necesario el recurso de amparo porque el control incidental permite un control de constitucionalidad privado de lagunas sustanciales, además porque existe un nexo cada vez más fuerte entre los Tribunales Ordinarios y la Corte Costituzional, nexo que cubre el fin del amparo, por que a pesar de que exista un sistema concentrado de control, el sistema italiano ha puesto mucho énfasis en la tasa de concreción de la justicia constitucional. Y por último destaca la innecesariedad del amparo, manifestando que también mediante la CEDH, existe la posibilidad para los particulares de defender sus derechos fundamentales, contra todo acto de un poder público que lesione los derechos tutelados por la Convención. En concreto el autor destaca al igual que gran parte de la doctrina italiana una ampliación de la cuestión incidental.

<sup>544</sup> Sobre la introducción de un recurso directo en Italia vid. Scavone, Angelo. *Apuntti sulle proposte di introduzione del ricorso costituzionale dirretto en Italia.* Riv.TDDPr.civ. Giuffrè. Pág 1241. Vid también Anzón, Adele. *Per una più ampia garanzia del diritti costituzionali dinanzi alla Corte; il ricorso individuale diretto.* En *Libertà e Giurisprudenza Costituzionale.* A cura de Vittorio Angliolini. Giappichelli. Torino. 1992. Pág 24.

estructurado para resolver una cuestión prejudicial para la decisión del procedimiento en curso, pero permite sin embargo hacer valer derechos constitucionales protegidos, incluso cuando parece imposible a causa de una ley que los suprime o los vulnera <sup>(545)</sup>.

La posibilidad de que la cuestión de inconstitucionalidad sirva también como instrumento de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, ha adquirido gran trascendencia en Italia y un sector de la doctrina (Cappelletti, Sorrentino, Pace y Pizzorusso) estima que no es necesario la introducción del recurso de amparo como proceso ante la Corte Constitucional, porque el juicio de constitucionalidad puede cubrir perfectamente el fin del amparo, cual es remediar la lesión de los derechos fundamentales realizada por los poderes públicos <sup>(546)</sup>. Aunque existe otro sector de la doctrina que no comparte tales apreciaciones <sup>(547)</sup>.

---

<sup>545</sup> Galleoti/Rossi. Ob...El Tribunal Constitucional...cit...pág 132. Comentan los autores que en el ordenamiento italiano la cuestión de legitimidad constitucional asegura una tutela más amplia y eficaz que en los ordenamientos español y alemán, “por cuanto al estar reconocido constitucionalmente, existe la obligación para el ordenamiento procesal italiano de reconocer a las partes, en cualquier estado y grado del proceso, el poder de plantear como prejudicial la cuestión, con la consiguiente obligación del juez de pronunciarse acerca de la misma”. La posición en contra a ésta tesis la esboza Pérez Gordo, Alfonso. *La Legitimación de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad*. R.J.C No 3. 1980. Pág 2190. Dice el autor que el sistema español garantiza el derecho de acceso a la justicia, incluso de mejor manera que el italiano por que el art 35.2 LOTC, contempla que el juez antes de dictar la procedencia o improcedencia de la cuestión, oye a las partes sobre la pertinencia o no de la misma, lo cual no sucede en el sistema italiano. En concreto, el autor opina que el sistema español respeta el derecho de acceso a la justicia, en el poder suscitar, insinuar, hacerse oír, ante el juez o tribunal, respecto de la legalidad o ilegalidad constitucional de la norma cuya validez depende el fallo.



En el ordenamiento italiano es necesario siempre dos actos concretos que violen situaciones jurídicas de los particulares para poner en marcha un recurso.

En lo referente al poder público siempre es necesario un acto previo de la administración o de jurisdicción para que se pueda utilizar la vía del recurso de inconstitucionalidad. Se permite intentar una acción para reivindicar un derecho protegido por las normas constitucionales, incluso cuando esto implique plantear ante un juez una demanda que no tenga fundamento en una ley en vigor, sino que precisamente contiene la petición presentada ante el juez ordinario de que se remita a la Corte Constitucional la cuestión de legitimidad constitucional de la ley que se opone al ejercicio de

---

<sup>546</sup> Vid. Pizzorusso. Ob.. Tribunales ...cit....pág 240 Para este autor italiano el control de la constitucionalidad de las leyes puede permitir ciertamente la realización de la protección de los derechos fundamentales, aun cuando tenga lugar bajo formas distintas a las propias de un recurso dirigido a un juez competente e incluso si la protección de los derechos fundamentales no es la única función que les corresponde.

<sup>547</sup> Baldassarre, Antonio. Ob..Parlamento y Justicia...cit...pág 193. Comenta el autor que en Italia “ si bien es cierto que, en virtud de un motivo cualquiera se puede elevar la cuestión de constitucionalidad incluso en ausencia de solicitud alguna de las partes en juicio, tampoco se puede negar que el modelo italiano supone una más limitada tutela de los derechos fundamentales. Esto porque, considerando el tiempo para superar el filtro en Italia, es prácticamente imposible hacer valer una violación de un derecho fundamental cuando ésta sea perpetrada en los habituales casos de adopción de un Decreto-Ley, esto es, de un acto normativo adoptado en vía previa por el gobierno, pero dotado de fuerza de ley. Además no todas las lesiones de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución ocurren en manera tal que puedan configurar una situación jurídica que permita su alegación ante un juez, esto es, no todas las lesiones son justiciables sobre la base de las normas procesales ordinarias, de modo que existen lesiones que escapan sistemáticamente al control de constitucionalidad ”.

un determinado derecho y al mismo tiempo que se realice la declaración por la Corte de la inconstitucionalidad de dicha ley <sup>(548)</sup>.

La protección de los derechos fundamentales en Italia, se da a través del poder de recurrir a los jueces a fin de obtener la anulación de los actos lesivos de los derechos con o sin la declaración de inconstitucionalidad.

Esto se puede resumir así: A) Si el acto de la administración o de la jurisdicción que lesiona un derecho inviolable es conforme a la ley ordinaria pero contrario a la Constitución, quiere ello decir que la ley que es la base del acto es contraria a la Constitución, por lo tanto lo que procede es poner en marcha el recurso en vía incidental contra la referida ley. Esto supone iniciar un proceso judicial ante la jurisdicción ordinaria conforme a las normas procesales que hemos citado anteriormente. La declaratoria de anulación que haga la Corte Constitucional en su momento traerá como consecuencia ya sea el cambio de la decisión del juez a quo, o bien la eliminación del acto administrativo. B) El otro supuesto, es el acto contrario a la ley, pero la ley es conforme con la Constitución, en este caso la legislación italiana dicta que se anule el acto sin recurrir a la Corte Constitucional por la autoridad

---

<sup>548</sup> Pizzorusso, A. Tribunales Const...pág 238. Discute también la doctrina italiana si cuando una cuestión de constitucionalidad es planteada de oficio si la justicia constitucional puede ser considerada como una actividad que tiende a garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos, o bien como una jurisdicción de derecho objetivo, que tiende a asegurar, incluso independientemente de los intereses concretos de las partes, la aplicación de los principios constitucionales.

competente en el ámbito de la legislación.(Consejo de Estado o Jurisdicción ordinaria, según que se trate de derechos subjetivos o intereses legítimos).

Por último en este punto queda mencionar el problema de las relaciones entre particulares, y hay que decir que el sistema constitucional italiano ha implantado progresivamente el principio de la aplicación de las normas constitucionales a las relaciones interindividuales. Y en virtud de ello los jueces han aplicado las normas constitucionales para resolver conflictos o diferencias entre particulares<sup>(549)</sup>. El fundamento del efecto directo se apoya determinantemente en el art 2 de la Constitución Italiana.

## **II- Sistema de Justicia Constitucional Francés.**

### **2.1- Generalidades.**

Una de las mayores innovaciones del texto constitucional francés de 1958 fue la creación de un Parlamento fuertemente limitado en sus competencias y la instauración de un órgano, el Consejo Constitucional, que tenía una misión específica, asegurar el sometimiento de ese Parlamento a los nuevos mandatos constitucionales. El sistema político francés había reposado en su totalidad hasta entonces en la soberanía del Parlamento<sup>(550)</sup>.

---

<sup>549</sup> Stern, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Die Wirkung der Grundrechte in Der Privatrechtsordnung*. Beck. München,1988. Vol 3-I. Pág 76

El Consejo Constitucional está compuesto por nueve miembros designados (pues los de derecho que son los expresidentes de la República, nunca han ejercido, salvo los de la Cuarta República durante sus primeros años), elegidos por tercios por el Presidente de la República, y los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado. Para acceder al cargo los candidatos no necesitan de ninguna cualificación técnica especial, únicamente deben encontrarse en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos. Por ello se dice que la mayoría de las veces, su designación se encuentra unida a la afinidad política <sup>(551)</sup>.

---

<sup>550</sup> Pardo, Falcón. Javier. *El Consejo Constitucional Francés*. C.E.C. Madrid. 1990. Pág 30. Vid también del mismo autor *Parlamento y Juez Constitucional en Francia: ¿ Un modelo de relaciones diferente o simplemente peculiar?* En Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1997. Pág 197. Dice el autor “que la finalidad con la que se creo el control de la constitucionalidad en el sistema político francés, no fue otra que la de obligar al Parlamento a las estrictas funciones delimitadas por el texto constitucional, garantizando con ello la supremacía general del Ejecutivo”. Vid Luchaire, Francois. *Le Conseil constitutionnel*. Editorial Economica. Paris. 1980. Pág 59. Vid también del mismo autor *El Consejo Constitucional Francés*. (Procedimientos y Técnicas de Protección de los Derechos Fundamentales). En obra colectiva cit...Tribunales Constitucionales....Pág 55..En la misma obra vid también Goguel, Francois. *Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales. El Consejo Constitucional Francés*. Pág 293.

<sup>551</sup> Favoreu, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Ariel. Barcelona. 1984, pág 103. Vid también en este sentido Fernández Segado, Francisco. *El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución*. R.F.D.U.C.M. No 75. 1989-1990. Pág 9.

La designación es por un período de nueve años, sin posibilidad de reelección alguna. El Presidente del Consejo es nombrado por el Presidente de la República, generalmente lo escoge de uno de los tres que nombra <sup>(552)</sup>.

En cuanto al procedimiento, así como su funcionamiento se encuentran regulados por una Ley Orgánica y un Reglamento Interior. Además hay que decir que actúa a instancia de parte y no de oficio.

## **2.2- Estructura y competencias del Consejo Constitucional Francés.**

La Constitución Francesa de 1958, le confiere al Consejo Constitucional las siguientes competencias. a.- El control de la Constitucionalidad de las leyes y los reglamentos de las Cámaras, así como

---

<sup>552</sup> Pardo Falcón..Ob...Un modelo cit...pág 204. Dice el autor que esta composición, así como el nombramiento del presidente sin determinación del mismo, por el Presidente de la República, lo hacen un órgano directamente vinculado a la jefatura del Estado, ha sido uno de los motivos utilizados para desacreditar la institución, así como también el hecho de que en su nombramiento no interviene ninguna de las dos Cámaras que integran el parlamento, siendo difícil que se le pueda reconocer la condición de un órgano de consenso imprescindible para desempeñar con éxito su misión. Sin embargo la doctrina francesa, no le ha prestado mucha atención y por el contrario ha dicho que ni el sistema de elección, así como, tampoco la exigencia de preparación jurídica le han impedido al Consejo actuar con independencia de criterio. En razón de lo anterior termina diciendo el autor, es que hoy en día un gran sector de la doctrina propongan una reforma en el sector de elección de los jueces, la exigencia de ser jurista, así como un sistema de incompatibilidades, a pesar de que el año 1995, ya se hicieron algunas inclusiones en su Ordenanza Orgánica, como la de miembro del Consejo con cualquier cargo electivo. Vid en la doctrina italiana sobre este mismo punto a Amirante, Domenico. *Il Conseil Constitutionnel fra diritto o politica. Anotazione introduttiva a uno studio della giurisprudenza costituzionale in France*. Q.C. Anno IX. No 2. Agosto de 1989. P. 299. Vid también Bon, Pierre. *El Conseil Constitutionnel Francés y el modelo de las Cortes Constitucionales Europeas*. R.V.A.P. No 31 Sep-dic 1991. P 50.

de las obligaciones Internacionales. b.- El control del reparto de competencias normativas entre Parlamento y Gobierno. c.- El control de las elecciones nacionales- sean estas del Presidente de la República o las de Diputados y Senadores- y el referéndum. d.- El control sobre el presidente de la República, tanto en el supuesto de interrupción del mandato presidencial por causa de impeachment del Jefe de Estado, como en caso de utilización por parte del mismo de sus poderes excepcionales. Aparte de las anteriores desempeña otras funciones que vienen dadas por el texto constitucional. 1.- El control de los supuestos de inteligibilidad e incompatibilidad de los parlamentarios. 2.- El control sobre otro supuesto de interrupción del mandato presidencial: La Vacance, competencia ésta, dice PARDO FALCÓN, que se atribuyó el Consejo, pues del texto constitucional no se desprende la misma <sup>(553)</sup>.

---

<sup>553</sup> Pardo Falcón..ob..El Consejo...p 106. Dice el autor que el Consejo ha hecho una interpretación restrictiva de su competencia. El mismo es considerado como una jurisdicción de atribución, quiere ello decir que, sólo puede ejercer aquellas funciones que le han sido asignadas por la Constitución o el resto de normas que la desarrollan... Con respecto a este mismo punto dice Luchaire, que en el estado actual de la jurisprudencia del Consejo no se acierta a ver como éste podría censurar una ley contraria a la Constitución con ocasión de un contencioso electoral. En efecto, de una parte el Consejo, no acepta pronunciarse con ocasión de este contencioso, sobre una excepción de inconstitucionalidad de una ley ya promulgada y, de otra parte, en relación al referéndum el Consejo no se reconoce en sí mismo más que un papel consultivo en la preparación de la operación electoral y se opone a controlar la constitucionalidad de una ley refrendaría, lo que la doctrina lamenta puesto que el contencioso electoral es el único instrumento que permite al individuo recabar una actuación del Consejo. En este punto, dice el autor, es donde más se manifiesta la debilidad de este sistema procesal, puesto que el individuo no está legitimado por sí mismo para promover recursos ante el Consejo Constitucional cuando es violado uno de sus derechos o libertades fundamentales. Sólo tiene competencia para pronunciarse sobre la conformidad con la constitucionalidad de las leyes sometidas a su examen.

De la gran cantidad de competencias citadas, nos abocaremos al estudio de la más importante de todas y la que tiene una relación directa con los propósitos de este trabajo. El control de la constitucionalidad de las leyes.

### **2.3- El Control de la Constitucionalidad de las leyes.-**

El control de la constitucionalidad de las leyes es la competencia más importante del Consejo Constitucional Francés y la que lo ha ubicado en un lugar importante dentro del sistema político de ese país, sobre todo, por la protección que ha comenzado a realizar a nivel jurisprudencial sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos <sup>(554)</sup>.

En su concepción inicial esta institución no tenía como fin el de asegurar la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, sino exclusivamente hacer respetar por los poderes públicos, los equilibrios constitucionales establecidos por los distintos órganos definidos en la Constitución Francesa <sup>(555)</sup>.

---

<sup>554</sup> Cascajo Castro, José Luis. *El Consejo Constitucional Francés*. En el Tribunal Constitucional. T.I. I.E.F. Madrid. 1981. P 658

<sup>555</sup> Pardo Falcón. Javier. ob ..El Consejo Constitucional....cit..pág 114. “ La función de respeto de los poderes públicos, en un principio, era marginal, se recurría a ella en forma esporádica. Pues en el caso de las leyes orgánicas y reglamentos de las Cámaras, al efectuarse un control preceptivo riguroso, las hacía prácticamente perennes y sujetas a pocos cambios. Lo mismo sucedía con los tratados. En cuanto a las leyes ordinarias el control también iba a ser excepcional, tanto por el parámetro de constitucionalidad, como por la limitación en la legitimación, sin embargo al desaparecer hoy en día, dice el profesor Pardo Falcón, se ha dado una verdadera

El control de la constitucionalidad de las leyes que hace el Consejo Constitucional es antes de la promulgación de la ley y el fundamento del mismo radica en el hecho de que de esta manera era menor la pérdida de las prerrogativas parlamentarias, porque la ley declarada inconstitucional no habría alcanzado el término del proceso <sup>(556)</sup>.

En cuanto a los Tratados y compromisos Internacionales, se debe realizar antes de su ratificación o aprobación. En resumen, es un control previo y en algunos casos -leyes orgánicas, reglamentos parlamentarios- es preceptivo <sup>(557)</sup>.

---

manifestación del mismo en materia de derechos fundamentales y libertades públicas”.

<sup>556</sup> Lavroff, Dimitri Georges. *El Consejo Constitucional Francés y la garantía de las libertades públicas*. R.E.D.C. Vol 1. No 3. Septiembre- Dic. 1983. P 44. Por otra parte Bon, Pierre. Ob...El Conseil....cit...p 52, destaca la ventaja que supone el control a priori. Esta ventaja radica en la hipótesis de que el juez concluya en la inconstitucionalidad de una ley. La ley todavía no ha entrado en vigor de modo que la inconstitucionalidad cometida no surte efectos y no plantea, por consiguiente, los delicados problemas que acompañan a las declaraciones de inconstitucionalidad de la leyes ya aplicadas. Sin embargo, el mismo autor no descarta la idea de que pueda ser oportuno combinarlo con técnicas de control a posteriori.

<sup>557</sup> Weber, Albrecht. *La Jurisdicción Constitucional en Europa Occidental: Una comparación*. R.E.D.C. No 17. Pág 47-83. Pág 82. Este autor, estudiando el sistema del control previo, dice que en el mismo, el Tribunal Constitucional participa más en el proceso de formación de la voluntad estatal, así como mucho más directamente en la dirección estatal, a diferencia del control represivo donde el Tribunal queda limitado al control judicial de un proceso de normatización concluido.



Los actos susceptibles de ser objeto de control de constitucionalidad ante el Consejo son Los Reglamentos de las asambleas, los Tratados, las leyes orgánicas y las leyes ordinarias.

Los sujetos legitimados para la interposición de un recurso ante el Consejo Constitucional, son exclusivamente autoridades políticas. El Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado y sesenta parlamentarios, sean estos Diputados o Senadores<sup>(558)</sup>.

Las leyes orgánicas deben ser sometidas a control obligatorio del Consejo por parte del primer Ministro. En cuanto a las leyes ordinarias, están legitimados el Presidente de la República, el primer Ministro, el Presidente del Senado, El Presidente de la Asamblea Nacional. A partir de la reforma constitucional del año 1974, se concedió legitimación a la minoría parlamentaria. Los simples ciudadanos no pueden recabar la intervención del Consejo Constitucional<sup>(559)</sup>.

---

<sup>558</sup> Luchaire Ob.El Consejo ..cit..p 60. “ Dice el autor que esta apertura en la legitimación ha sido muy aprovechada y en virtud de ella se han planteado recursos que se basan en una violación de los derechos del hombre y del ciudadano, lo que le ha permitido al Consejo, con cada recurso de estos, definir el derecho o la libertad invocada por los recurrentes y examinar si la ley cuestionada es contraria a ese derecho o libertad del individuo”.

<sup>559</sup> Luchaire. Ob... El Consejo...cit...pág 124. En muchas ocasiones, comenta el autor, el Consejo ha dicho que “ ElConsejo Constitucional protege contra la ley, pero no confiere a los beneficiarios de estos derechos y libertades legitimación para interponer recursos.. Sin embargo, los ciudadanos pueden recurrir a los sesenta parlamentarios

En cuanto a las sentencias que emite el Consejo Constitucional sobre el control de la Constitucionalidad de las leyes, son de anulación donde se aplica sin dificultades el efecto absoluto de la cosa juzgada. Estos son respetados siempre por los poderes públicos, excepto por las autoridades administrativas y jurisdiccionales, a las que las consecuencias no les afectan directamente. En cuanto al otro tipo de sentencias, son las de conformidad, las que no ofrecen ningún tipo de problema, sin embargo el Consejo Constitucional francés se ha decantado últimamente por anular lo menos posible y adaptar a la Constitución, mediante interpretaciones constructivas, las disposiciones recurridas.

En lo referente al control a posteriori, la constitucionalidad de las leyes no puede ponerse en duda una vez promulgadas las leyes, ni ante el Consejo Constitucional, ni ante las autoridades administrativas o judiciales<sup>(560)</sup>.

---

para interponer el recurso correspondiente, cuando una ley viole derechos fundamentales ”.

<sup>560</sup> Favoreu, Louis. Ob. Los Tribunales Constitucionales..cit...pág 109. Sostiene el autor que la única excepción que cabe a lo afirmado es en caso de deslegalización por parte del Consejo. “La deslegalización se da cuando por error una materia ha sido resuelta por ley, siendo de competencia reglamentaria, en este caso el poder reglamentario interviene en la misma por decreto, siempre y cuando se haya comprobado el error cometido por el legislador ”.

## **2.4-La protección de los Derechos Fundamentales.**

Por último en cuanto a los derechos fundamentales, en la Constitución Francesa no existe una declaración precisa de derechos fundamentales que permita establecer con claridad los poderes del juez constitucional a la hora de efectuar su control sobre las normas con rango de ley emanadas del Parlamento<sup>(561)</sup>.

Sin embargo, este serio problema lo solucionó el Consejo Constitucional reconociendo fuerza jurídica al Preámbulo de la Constitución de 1958, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al Preámbulo de la Constitución de 1946, los Principios Fundamentales reconocidos por las leyes de la República, y los principios generales del derecho de valor constitucional <sup>(562)</sup>.

En el sistema político francés, la protección de los derechos y libertades está asegurada por el Consejo Constitucional, así como también por las otras jurisdicciones. Sin embargo los sistemas presentan inconvenientes.

El Consejo Constitucional, como se dijo anteriormente, protege contra la ley, pero confiere a los beneficiarios legitimación para interponer recursos,

---

<sup>561</sup> Pardo Falcón, Javier.. Ob. ..Parlamento.....y juez....cit...pág 207.

<sup>562</sup> Goguel. Ob..Objeto y alcance.....cit..pág 301

las restantes jurisdicciones pueden ser instadas por todo titular de un derecho o de una libertad, pero no protegen contra la ley<sup>(563)</sup>.

Estos medios de impugnación, son el recurso por *exceso de poder* ante el juez administrativo. Aquí la excepción de ilegalidad puede ser planteada ante cualquier jurisdicción y la teoría de la vía de hecho reconoce una competencia muy amplia a los tribunales judiciales, cuando haya una violación material y manifiestamente ilegal de un derecho o una libertad. Pero lo que sí es claro es que, en cierto aspecto, el control del juez es más extenso que el del Consejo Constitucional. El juez admite la excepción de ilegalidad de un decreto en cualquier momento de su existencia o de su aplicación. Por el contrario, el Consejo Constitucional no acepta la excepción de inconstitucionalidad de una ley, una vez promulgada, que atenté a los derechos y libertades del individuo<sup>(564)</sup>.

De lo expuesto brevemente, la doctrina, encuentra en el sistema Francés lagunas que a los efectos de este trabajo es viable destacar.

En primer lugar, el Consejo Constitucional no admite la excepción de inconstitucionalidad que se fundamente en un atentado contra los derechos

---

<sup>563</sup> Pardo Falcón...ob....Parlamento y Juez ..cit...,pág 215. Dice el autor que la no existencia de un recurso individual de protección de los derechos fundamentales en Francia, se debe a la confianza absoluta que se tiene en la jurisdicción ordinaria para desempeñar tal misión.

<sup>564</sup> Fix Zamudio, Héctor..ob.. Los Tribunales Constitucionales y los dros h...cit pág 24.

fundamentales y libertades. Por ello, una ley que viole derechos fundamentales, si no es remitida al Consejo antes de su promulgación, se entiende definitivamente incorporada al ordenamiento, por lo que las leyes posteriores que intenten modificarla o complementarla no serán contrarias a la Constitución. Ante esta laguna un sector de la doctrina<sup>(565)</sup> sostiene que se debería introducir en el sistema Francés el control concreto de normas pero con algunos matices, tales como atribuir el procedimiento solamente a los jueces ordinarios supremos, y no permitirlo más que cuando los derechos de los ciudadanos están en juego.

En segundo lugar, los simples ciudadanos no pueden recabar la intervención del Consejo Constitucional, y a pesar de que se amplió la legitimación con la reforma de 1974, quedan todas las normas anteriores. Aparte de que los Tribunales judiciales y administrativos han mantenido su jurisprudencia de 1958, en el sentido de que no aceptan la excepción de inconstitucionalidad y se inclinan siempre ante la ley, esto es, si la ley autoriza al Gobierno a tomar medidas contrarias a la libertades constitucionales, los tribunales estiman que dichas medidas tienen fundamento en aquéllas y no se oponen a ellas.

Tercero, la autoridad de las decisiones del Consejo Constitucional no es plenamente reconocida por las jurisdicciones de orden judicial y administrativo. Sobre esto hay que decir que, si bien es cierto que el art. 62

---

<sup>565</sup> Bon, Pierre. Ob... El Conseil...cit..., p 57.

de la Constitución Francesa dispone que las decisiones del Consejo Constitucional se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales, sin embargo el gobierno y los órganos jurisdiccionales, lo único que respetan es la parte dispositiva de las decisiones del Consejo, y no sus motivos, pese a que el Consejo haya dicho que la autoridad de sus decisiones deben extenderse también a los motivos.

Incluso se puede presentar el contrasentido de que, si el Consejo Constitucional encuentra explícita o implícitamente una disposición legislativa sin poderla hacer desaparecer del ordenamiento jurídico, el juez judicial o administrativo, aun compartiendo el criterio del Consejo, está obligado a aplicar esta disposición, puesto que no es juez de la constitucionalidad de las leyes<sup>(566)</sup>.

Y la última gran laguna es que, instado el Consejo en aplicación del art. 61 de la Constitución Francesa, rechaza examinar la conformidad de la ley a un Tratado Internacional, pese a que el art. 55 de la Constitución proclama el principio de la superioridad del Tratado ratificado y publicado según la ley interna. El Consejo lo único que puede hacer es oponerse a la promulgación de una ley, pero no tiene competencia para decir que en un supuesto prevalece la ley interna y en otro no.

---

<sup>566</sup> Favoreu, Louis. Ob. Tribunaux .Cit...pág 112.

En virtud de todas estas consideraciones, la doctrina francesa <sup>(567)</sup> propone tres medidas que debe adoptar el Sistema Constitucional Francés.

La primera de ellas es la instauración del control concreto de normas, así cuando un juez, en conocimiento de un litigio, tiene serias dudas sobre la constitucionalidad de una ley, puede plantear la cuestión al Consejo, para que pronuncie sobre la constitucionalidad de la precitada ley <sup>(568)</sup>.

Con dicha incorporación, dice el LUCHAIRE, el Consejo puede examinar una ley, incluso después de su promulgación, poniéndose fin a la jurisprudencia según la cual el Consejo rechaza la excepción de inconstitucionalidad. Además de ello, se vería el ciudadano beneficiado de la declaración de 1789 y del preámbulo de 1946, pues podría poner en marcha el mecanismo de protección de las libertades constitucionales a través de la mediación del juez. Y por último, se le impondría al juez la única interpretación que está de acuerdo con la Constitución <sup>(569)</sup>.

---

<sup>567</sup> Luchaire. Ob.El Consejo..cit.....pág 128.

<sup>568</sup> Pardo Falcón, Javier. ob.. El Consejo Constitucional...cit.....,pág 539. Destaca el autor la importancia del control concreto, por cuanto la manera de operar del juez constitucional es diferente al tratarse del control abstracto de la norma, que cuando se pronuncia sobre su constitucionalidad teniendo en cuenta como referencia su aplicación en un caso concreto.

<sup>569</sup> Pardo Falcón...ob..Parlamento y...cit...pág 216. Destaca lo sano que sería para el sistema francés la introducción del control concreto de normas, en razón de que se evitaría una de las consecuencias inherentes al sistema de control previo, y que no es otra que el principio de la incuestionabilidad de la ley promulgada, que lleva unida la

La segunda medida que propone es hacer una revisión de todos los textos que sean contrarios a los derechos y libertades protegidos constitucionalmente. Y la tercera medida es modificar la jurisprudencia del Consejo Constitucional que debería oponerse a la promulgación de una ley contraria a una Convención Internacional humanitaria.

### **III.- La Jurisdicción Constitucional Alemana.**

#### **3.1- Generalidades.-**

En materia de jurisdicción constitucional la República Federal Alemana, ha tenido muchos precedentes, pero es la L.F.B, promulgada en el año 1949, la que terminó recogiendo un Supremo Tribunal Constitucional con amplias atribuciones para la defensa de la Constitución, en virtud de la incapacidad del legislador para proteger los derechos fundamentales <sup>(570)</sup>.

---

imposibilidad de que los tribunales ordinarios o el Consejo de Estado puedan inaplicar reglamentos inconstitucionales de ejecución de tales leyes. También se destaca que con una inclusión de este tipo el Consejo Constitucional es librería de los breves plazos en que tiene que emitir decisiones sobre materias cada vez más complicadas.

<sup>570</sup> Vid. Faller, Hans Joachin. *Ob Defensa Constitucional por medio de la Jurisdicción Constitucional en la República Federal Alemana...*cit..pág 47. Vid Favoreu, Louis. *Ob.. Tribunales* cit..pág 63. Vid. Häberle, Peter. *El recurso de Amparo en el sistema Germano-Federal de jurisdicción Constitucional*. Traducción de Carlos Ruiz Miguel. La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica. (García Belaunde y Fernández Segado, coordinadores). Dickynson. Madrid. 1997. Pág 235. Fix Zamudio, Héctor. *ob...Los Tribunales Constitucionales y Derechos.....*cit..pág 51. Vid también Friesenhahn, Ernest. *La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica*



En lo referente al Tribunal Constitucional Federal, la L.F.B. se refiere al mismo como parte del Poder Judicial y además hace referencia también a los recursos y las vías de recurso. Pero en virtud de la sumariedad que establecía la Constitución, se promulgó en 1951 la ley relativa al citado Tribunal, entrando en funcionamiento el día siete de septiembre de ese mismo año <sup>(571)</sup>.

El Tribunal está compuesto de dos Salas, cada una de ellas integrada por ocho jueces, basadas ambas Salas en el principio de igualdad. En virtud de lo anterior se les llama Tribunal mellizo. Ambas Salas tienen el mismo rango y son independientes unas de otras. Una de las Salas no tiene derecho a revisar las decisiones de la otra y las competencias de ambas están fijadas por ley <sup>(572)</sup>.

En cuanto a los requisitos que se exigen para ser juez constitucional, están tener cuarenta años de edad y poseer la condición de magistrado. Su nombramiento es incompatible con cualquier otra función salvo la de ser

---

*Federal Tedesca.* Giuffrè, Editore. 1973. Pág 15. Steinberger, Helmut. *Algunos rasgos fundamentales de la justicia Constitucional en la República Federal de Alemania.* R.E.P.No51,1986.P.7

<sup>571</sup> Vid Simon, Helmut. *La Jurisdicción Constitucional.* En Manual de Derecho Constitucional. Traducción de Antonio López Pina. IVAP- Marcial Pons. Madrid. 1996. Pág 823.

<sup>572</sup> Schlaich, Klaus. Ob.. El Tribunal Constitucional Federal Alemán .... En Tribunales Constitucionales.cit..pág 143.

profesor de derecho en una Universidad. Son electos por un mandato de doce años y no procede la reelección. Le corresponde el nombramiento, la mitad al Bundestag y la otra mitad al Bundesrat por una mayoría de dos tercios en cada Cámara.

En cuanto a sus decisiones, son adoptadas por mayoría de los miembros de la Sala que participa en la decisión. A partir de 1970 cada juez puede consignar por escrito y añadir su voto particular con una opinión disidente o individual, y las decisiones son publicadas en el Repertorio Oficial<sup>(573)</sup>.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el Tribunal es un órgano jurisdiccional, <sup>(574)</sup> un Tribunal de la Federación, a cuyos miembros se les encarga, en su condición de jueces, el poder judicial.

Pero a su vez es un órgano constitucional tal y como lo establece la misma Ley Orgánica del mismo Tribunal, sin embargo, el Tribunal ha manifestado que si bien es cierto está incluido dentro del Poder Judicial,

---

<sup>573</sup> Geck, Wilhelm Karl. *Nombramiento y Status de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal Alemán..* Traducción J. Puente Egido. REDC, Año 8 No 22. Enero-Abril 1988. Pág 175.

<sup>574</sup> Manzanares Samaniego, José Luis. *El Tribunal Constitucional Federal Alemán.* AA.VV. I.E.F. Madrid. 1981. Pág 1551.

existen diferencias fundamentales entre su carácter y significación y el de las restantes jurisdicciones<sup>(575)</sup> .

En Alemania, el control de la constitucionalidad de las leyes se encuentra repartido en la L.F.B. También los Tribunales especializados están vinculados a la Constitución y la aplican. La Ley Fundamental establece en el art. 100.1, que si los Tribunales llegan a la conclusión de que leyes formales contradicen la Constitución, deben proponer al TCFA la cuestión de inconstitucionalidad.

Únicamente el TCFA tiene competencia para llevar a cabo el control abstracto de normas. El Tribunal examina la compatibilidad formal y material con la Ley Fundamental del Derecho Federal o del Derecho de un Länd, sea la compatibilidad del Derecho de un Länd con el derecho especial de la Federación a solicitud del Gobierno Federal, del Gobierno de un Länd o de un tercio de los miembros del Bundestag.

---

<sup>575</sup> Schalich, Klaus. *El Tribunal Constitucional Alemán. Técnicas y protección de los derechos fundamentales*. En *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. C.E.C. Madrid. 1984, pág 153. Dice el autor “ que las razones que se dan es que el Tribunal tiene autonomía para su reglamentación, no depende de ningún Ministerio, su personal no depende de ningún otro órgano, establece por sí mismo su proyecto de presupuesto, y el presidente del Tribunal es el máximo jerarca a efectos administrativos en lo referente a los funcionarios del Tribunal. Aparte de ello los jueces no asimilados a los jueces federales, son simplemente jueces del Tribunal Constitucional ”.

### **3.2.- Competencias del Tribunal Constitucional Federal.**

A este Tribunal se le han conferido una amplia gama de funciones, como nunca antes se había otorgado a ningún Tribunal en la historia constitucional alemana.

Las funciones se pueden clasificar en cuatro grandes grupos. Primera, los denominados casos contenciosos de índole constitucional en sentido estricto, segundo el control normativo, tercero el recurso de amparo constitucional y por último la defensa del Estado en sentido estricto<sup>(576)</sup>.

En la primera de las funciones, los casos contenciosos de índole constitucional, se distinguen dos supuestos. El primero los denominados conflictos entre la Federación y los Länder<sup>(577)</sup> acerca de sus respectivos derechos y obligaciones constitucionales, especialmente en la aplicación del derecho federal por parte de los segundos y en el ejercicio de la supervisión federal<sup>(578)</sup>. La competencia del Tribunal Constitucional en estos casos es la

---

<sup>576</sup> Faller, Joachin Hans. Ob. Defensa Constitucional.cit...pág 50

<sup>577</sup> Friesenhan, Ernest. Ob...La Giurisdizione...cit...pág 17. Dice el autor que la competencia nuclear, esencial de la jurisdicción consitucional en Alemania se construye alrededor de los conflictos constitucionales. Es la competencia especialmente singular.

<sup>578</sup> Cfr. Canosa Usera, Raúl. Ob...La Legitimación Autónoma....pág 14 y 15

de asegurar el mantenimiento del orden constitucional que unifica a la Federación y a los Länder en un sólo estado federal.

En el segundo supuesto, debe el Tribunal cuidar el orden constitucional y ejercer el control de la constitucionalidad sobre el proceso de formación de decisiones a nivel de los órganos supremos. Aquí la competencia del Tribunal es velar por el cumplimiento y observancia de las competencias y cooperación entre los Órganos Federales.

La segunda de las competencias es la normativa, la de declarar con efectos erga omnes, la nulidad de las normas inconstitucionales. Esta función se cumple a través del control abstracto y concreto de normas y en alguna medida la acción de amparo. En el proceso de control de normas se da un examen entre una norma de menor rango con una norma de mayor rango para decidir acerca de la validez de la primera <sup>(579)</sup>.

---

<sup>579</sup> Faller, Joachin. Ob... Defensa Constitucional pág 52. Dice el autor que la comparación “entre una norma de menor rango y una de mayor rango, le corresponde a todo juez y que la función del Tribunal Constitucional es únicamente declarar la nulidad de la misma, y esto es así para asegurar la coherencia del orden jurídico y la defensa de la actividad legislativa”. El ordenamiento alemán le otorga legitimación en el control abstracto de normas al Gobierno Federal, el gobierno de un Länd o un tercio de los miembros del Bundestag. Están legitimados para intervenir cuando hayan discrepancias de opinión o dudas sobre la compatibilidad formal o material del derecho federal o del derecho de un Länd con la Ley Fundamental o sobre la compatibilidad del derecho de un Länd con otro tipo de derecho federal.. En el control concreto, el legitimado es el juez o Tribunal donde surja la duda de la constitucionalidad de la norma en aplicación. La Ley Fundamental regula este procedimiento en el apartado 1 del artículo 100, procedimiento que tiene como consecuencia que se suspenda el trámite de la causa y se requiera la resolución del Tribunal Constitucional. Esto tiene validez tanto si se trata de una violación cometida por una ley federal o por el derecho de un Länd, como si se trata de la incompatibilidad de una ley de un Länd con una ley federal. (En el sistema alemán los

En cuanto al tercer grupo de competencias, el recurso de amparo constitucional o **Verfassungsbeshwerde**, está por encima el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales o individuales. Desde un inicio, en Alemania predominó la idea según la cual todos los actos de los poderes públicos ya sean legislativo, ejecutivo y judicial de la Federación y de los Länders, estuvieren sometidos a un supremo y único control jurisdiccional que supervisara su adecuación a la Constitución <sup>(580)</sup> y por eso se dice que el recurso de amparo constituye la defensa objetiva de la Constitución.

Esta competencia es una de las más valoradas por la doctrina alemana, pues en virtud del conocimiento del recurso de amparo, el Tribunal se convierte en un Tribunal ciudadano, teniendo ello como consecuencia un reforzamiento del Tribunal en la conciencia ciudadana frente al poder público, a pesar de la minúscula cantidad de recursos que son acogidos <sup>(581)</sup>.

---

Länder que integran el sistema federal tienen sus propias constituciones y en virtud de ello los Tribunales se encuentran legitimados para actuar por violación de la Constitución de dicho Länd ante el Tribunal del mismo Länd que tenga competencia para dichas controversias). Este sistema tiene mucha similitud con el Español, en cuanto que no se atribuye a las partes de un proceso un poder de plantear la cuestión constitucionalmente tutelado, como sí sucede y vimos páginas atrás con el sistema italiano ”.

<sup>580</sup> Schlaich, Klaus. Ob.El Tribunal Constitucional Alemán..En Tribunales Constitucionales...cit..pág 133. En la misma obra también Rupp, Hans G. *Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales. Tribunal Constitucional Federal*. Pág 319.

En resumen, estas competencias que se le atribuyen al TCFA, tienen el único propósito de defender la Constitución y por ello sus decisiones tienen fuerza obligatoria, obligan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Länder, así como a todos los Tribunales y autoridades, e incluso algunas sentencias que se dictan en el proceso de control normativo tienen fuerza de ley<sup>(582)</sup>.

El último grupo de competencias, a las que se le podría llamar de defensa, se refieren a la defensa del Estado y del ordenamiento básico. Éstas son declarar la inconstitucionalidad y prohibir la existencia de partidos políticos que lesionen o destruyan el ordenamiento libre y Democrático Fundamental, declarar la suspensión o pérdida de derechos fundamentales a aquellas personas que abusan de ellos en su lucha contra la libertad y la democracia.

Y por último, es competente el Tribunal Constitucional para juzgar penalmente a los jueces Federales y de los Länder que atenten contra los principios de la Constitución o contra el orden constitucional de un Länd y contra el Presidente Federal cuando sea acusado por el Bundestat o el

---

<sup>581</sup> Häberle, Peter. Ob.. El recurso de .cit...pág 237.

<sup>582</sup> Cfr. Bocanegra Sierra, Raúl. *Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal constitucional Alemán. R.E.D.C* No 1. 1981. Pág 235.

Bundesrat de atentar dolosamente contra la ley Fundamental u otra ley federal<sup>(583)</sup>.

### **3.3. El Control de la Constitucionalidad de las Leyes.-**

El control de la constitucionalidad de las leyes en Alemania se encuentra configurado indistintamente en los diversos procedimientos ante el Tribunal Constitucional., y objeto de control pueden ser las decisiones judiciales, actos del poder ejecutivo, del poder legislativo y la resolución de conflictos entre órganos constitucionales.

En cuanto a las primeras, la vía es el recurso de amparo, y están legitimados el ciudadano o un grupo de personas, una asociación o un sindicato. Aquí el Tribunal examina si un determinado Tribunal ha lesionado o descuidado derechos fundamentales, en el procedimiento que se ha seguido contra él, o en la interpretación y aplicación del derecho. La labor del Tribunal Constitucional se realiza bajo el especial criterio de la Constitución, no es una instancia superior y lo resuelto se conoce como las sentencias de amparo.

En cuanto al control del ejecutivo, el Tribunal, a solicitud de un ciudadano o de otro titular de derechos fundamentales, estudia si el ejecutivo

---

<sup>583</sup> Faller, Joachin...Ob..... Defensa Constitucional..cit..pág 55.



ha lesionado algún derecho fundamental con su actuación. Previo a acudir a la vía de amparo se debe agotar la vía judicial ordinaria<sup>(584)</sup>.

En cuanto al control de actos legislativos, o sea el control jurisdiccional de la legislación, en la República Federal Alemana se puede llevar a cabo de varias formas.

La primera de ellas a través del recurso de amparo interpuesto por un titular de derechos fundamentales, ya sea inmediatamente contra una ley o mediatamente a través de la sentencia de amparo, segundo a propuesta de un tribunal, la cuestión de inconstitucionalidad ( art. 100 de LF) tercero, a solicitud de un Gobierno de la Federación, de un Länd o de un tercio de los miembros del Bundestag (control abstracto de normas previsto en el art. 93.1.1.LFB). Y por último por la vía de los conflictos federales según el art 93.1.3.LF y el nuevo art 93.1.2.a.LFB.

Y por lo que respecta a los conflictos entre órganos constitucionales, se resuelve por el procedimiento que establece el art 93.1.1 LFB, para conflictos entre órganos y 93.1.3LF para los conflictos federales. El control jurisdiccional de los órganos constitucionales se logra en virtud de la vinculación de los órganos constitucionales a la LFB.

---

<sup>584</sup> Stein, Ekkehart. *Staatsrecht* J.C.B. Mohr. Tübingen. XV Edición.1995, pág 223. Comenta el autor que la mayoría de las quejas a causa del habitual requisito de agotamiento de la vía judicial van dirigidas contra resoluciones de los Tribunales que se relacionan con la legitimidad de las intrusiones en los derechos fundamentales.

### **3.4. La legitimación en los procesos constitucionales.**

La legitimación varía de acuerdo con los diferentes tipos de procedimientos. Únicamente en el recurso de amparo existe el acceso al Tribunal Constitucional como un derecho de todos. La legitimación esta fijada tanto por la Ley Fundamental, como por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, fundamentados, dice HÄBERLE, en el hecho de que determinados órganos constitucionales, grupos e individuos son importantes para el proceso constitucional en sentido estricto y amplio <sup>(585)</sup>.

Así por ejemplo en el control abstracto de normas, están legitimados el Gobierno Federal, el gobierno de un Länd, o un tercio de los miembros del Bundestag. (Art. 93.1.2.LF y 13.6. y 76 de LTCF). En el conflicto entre órganos constitucionales están legitimados el Bundestag, el Bundesrat, el Gobierno Federal, y aquellas fracciones o partes del Bundestag o Bundesrat que, en virtud de la Ley Fundamental o de los reglamentos parlamentarios de esas cámaras, estén configurados con derechos propios. ( 93.1.1.LF y 13.5.y 63LTCFA).

En el control concreto está legitimado todo Tribunal<sup>(586)</sup>. Sin embargo se exige como requisito, la convicción acerca de la inconstitucionalidad de la

---

<sup>585</sup> Häberle.ob.. El Recurso....cit...pág 254.

ley, no siendo suficiente que emita meras dudas. Además que el asunto dependa de la validez de la ley, siendo por lo tanto situación concreta en el asunto debatido ante el juez ordinario lo que es determinante para saber si, en concreto, procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Además, hay que agregar que el Tribunal no puede plantear la cuestión ante si mismo, cuando haya la posibilidad de una interpretación conforme a la constitución de las normas de referencia en el proceso a quo. Puede y debe buscar una interpretación de la ley conforme a la Constitución y tomarla como base para su decisión.

En los conflictos entre la Federación y los Länder, solamente pueden ser demandantes y demandados por parte de la Federación, el gobierno federal y por parte de un Länd su respectivo gobierno. (Arts 93.1.3 y 84.4.2.LF y 13.7 y 68 LTCFA).

### **3.5. El Recurso de amparo o Queja Constitucional.**

La LFF establece en el art. 93.1.4a que el TCFA que “sobre los recursos de amparo constitucionales que pueden ser interpuestos por cualquiera que considere que el poder público ha lesionado uno de sus

---

<sup>586</sup> Galleoti/Rossi. Ob... El Tribunal Constitucional...cit...pág 133.

derechos fundamentales o de los derechos contenidos en los arts 20.4,33,38,101,103 y 104 de la Ley Fundamental <sup>(587)</sup>.

En virtud de lo sencillo que es interponer un recurso de amparo, la doctrina alemana sostiene que el recurso de amparo ha convertido al Estado Constitucional en un Estado de los Derechos Fundamentales y a una sociedad de los derechos fundamentales en la medida que muchos temas importantes han sido resueltos a través de la vía del amparo <sup>(588)</sup>.

La doctrina alemana califica al recurso de amparo, como un específico medio de protección jurídica del Derecho Constitucional objetivo, y lo considera como un recurso extraordinario, como el último medio y subsidiario auxilio jurídico de los ciudadanos, gracias al cual pueden defenderse de los ataques del poder público en sus derechos fundamentales <sup>(589)</sup>.

---

<sup>587</sup> Beguin, Jean Claude. *Le controle de la Constitutionnalité des lois en République Fédérale D'Allemagne*. Preface de Michele Fromont. Editorial Economica. París. 1982. Pág 124.

<sup>588</sup> Häberle, Peter. Ob..El Recurso.cit.. pág 256. Califica este autor la vía del recurso de amparo, como la reina de las vías de acceso al Tribunal, por cuanto sin las posibilidades que abre el amparo era difícil haber podido lograr el importante dialogo entre la ciencia de los derechos fundamentales y la práctica de estos derechos..Además dice el autor que, por Poder Público se entiende el Poder Ejecutivo en el cumplimiento de funciones soberanas.

<sup>589</sup> Schlaich. Klaus. Ob. El Tribunal Constitucional .cit...pág 170. Dice el autor que “el recurso de amparo es el medio que tiene el Ciudadano para poner en marcha el control sobre los tres poderes del Estado, así como la conformidad de su

Está legitimado cualquier persona, en la medida que sea capaz de ser titular de derechos fundamentales o de derechos asimilables a éstos. También los extranjeros están legitimados, siempre y cuando lo interpongan contra un derecho fundamental que corresponda a extranjeros<sup>(590)</sup>.

En cuanto a las personas jurídicas, en Alemania existe una diferencia entre las de derecho privado y las de derecho público. Las primeras gozan de los derechos fundamentales en la medida en que, por su naturaleza, éstos le sean aplicables.

En lo que concierne a las personas morales de derecho público, excepcionalmente son titulares de derechos fundamentales solamente cuando se les pueda ubicar, pese a su organización pública, en el campo protegido por los derechos fundamentales. Por ello pueden plantear un recurso de amparo contra una violación de los derechos fundamentales. Sin embargo los órganos del Estado no tienen verdaderos derechos fundamentales, sino competencias<sup>(591)</sup> y por consiguiente tampoco pueden interponer el recurso de amparo<sup>(592)</sup>.

---

comportamiento a los derechos fundamentales a través de un Tribunal Constitucional”.

<sup>590</sup> Gusy, Christoph. *Die Verfassungsbeschwerde*. CF Müller. Heidelberg. 1988. Pág 43. Vid también Stein, Ekkehart. Ob... Staatsrecht cit...pág 224.

<sup>591</sup> Pestalozza, Christian. *Verfassungsprozessrecht*. Verlag C.H. Beck. München. III Edición 1982, pág 96. Comenta este autor que las personas de Derecho Público

Los Municipios o asociaciones de municipios tienen legitimación para interponer el recurso de amparo por violación del derecho a la Autonomía administrativa, de conformidad con lo establecido en el art 28 LFB. De manera que, dice VON MÜNCH que la LFB conoce dos especies de recursos

---

principalmente carecen de capacidad jurídico-fundamental. Los derechos fundamentales amparan en primer lugar al ciudadano y la queja es un recurso de éste contra el Estado. Se argumenta que el Estado no puede quedar facultado y obligado a la vez por los derechos fundamentales; que allí donde desempeñe cometidos públicos no goza de ninguna protección jurídico-fundamental; criterio que se aplica tanto a la administración estatal directa como indirecta y con independencia que la misión pública se realice de forma jurídico-pública o jurídico-privada; que las controversias dentro de la unión estatal, por regla general, son conflictos de competencia que deben dirimirse a modo de controversias constitucionales o bien en términos contencioso-administrativos. Sin embargo, dice el autor, en la LFB hay cierto contenidos jurídico-fundamentales que a modo de principios también se aplican a las personas jurídicas de derecho público. Valga de ejemplo la prohibición de la arbitrariedad/desigualdad que se contempla en el art 31GG. También se pueden aplicar en las garantías del juez legal y de ser oído legalmente, principios objetivos de procedimiento, también las podrá invocar el poder público y hacer valer su lesión en el procedimiento de queja por inconstitucionalidad. Pero contrario a la regla existen tres grupos de personas jurídicas de derecho público con facultad de petición: En virtud de la ley los Municipios y sus mancomunidades(art 93I No 4bLFB), las iglesias y comunidades religiosas, que se distinguen de otras personas por no haber sido creadas por el Estado, tener sus raíces en el ámbito extraestatal y por no realizar cometidos estatales ni ejercer poder público en su ámbito propio y por último aquellas personas jurídicas de derecho público que pertenecen directamente al ámbito vital que la Ley Fundamental protege. De ese modo deben ser titulares de derechos fundamentales las universidades, por defender como instituciones del Estado los derechos fundamentales en un ámbito en el que vienen a depender de éste. El T.C.F.A. deduce de la defensa de los derechos fundamentales la participación en ellos. Y en igual situación deben encontrarse las estaciones radiofónicas. Häberle. Ob.El Recurso ..cit..pág 261, dice que las asociaciones que no tienen personalidad jurídica pueden estar legitimadas para interponer el amparo en la medida en que puedan ser titulares de derechos fundamentales.

<sup>592</sup> Von Munch, Ingo. *El recurso de Amparo de Amparo Constitucional como instrumento jurídico-político en la República Federal Alemana*. R.E.P. No 7. 1979. Pág 274. Sin embargo, el autor reconoce excepciones a la regla.

de amparo, el que puede interponer cualquiera y que pueden interponer los municipios<sup>(593)</sup>.

La Jurisdicción Constitucional alemana establece un procedimiento jurisdiccional específico de garantía de la autonomía local, que es el recurso de amparo municipal (Kommunalverfassungsbeschwerde). La legislación alemana concede legitimación a los municipios y asociaciones de municipios, para interponer un recurso de amparo, cuando sostengan que una ley o reglamento de la Federación o un Länd lesiona el derecho garantizado en el art. 28 de la LF. De esta forma la legitimación se otorga directamente a los titulares de la garantía institucional de la autonomía local con total independencia de factores como su población o tamaño. La característica principal del mismo es que su objeto son las leyes, no siendo permitido que los municipios lo puedan interponer contra actos administrativos o sentencias judiciales ( artes 93.4.b.LF) <sup>(594)</sup>.

### **3.5.1.- Objeto del Amparo.**

La Ley del Tribunal Constitucional Alemán en su art. 90.1, establece que el recurrente de amparo debe alegar una vulneración de derechos

---

<sup>593</sup> Von Münch, Ingo. Ob...El recurso ...cit..., pág 270.

<sup>594</sup> González Beilfus, Markus. Ob... El recurso de Amparo Municipal en la República Federal...cit..., pág 292.

fundamentales o derechos asimilables a éstos por parte de un poder público. Esto abarca los actos mediatos e inmediatos del poder estatal, todos los actos desde la ley <sup>(595)</sup>, los reglamentos y actos administrativos, hasta los actos del poder ejecutivo y las decisiones judiciales <sup>(596)</sup>.

---

<sup>595</sup> Stein, Ekkehart. Ob...Staatsrecht...cit....pág 223. Dice que los perjudicados por una ley, antes bien deben aguardar hasta que las autoridades o los tribunales se la vengan a aplicar. En tal caso, en el mismo procedimiento contra ese acto ejecutivo debe verificarse la constitucionalidad de la ley subyacente. Agrega el autor que una ley puede ser atacada por medio del recurso de amparo, siempre y cuando el recurrente se vea afectado en sí mismo por dicha ley, en primer término personalmente, en segundo lugar actualmente y por último directamente en un derecho fundamental. En lo que “a sí mismo” vuelve a significar una posible lesión de sus derechos fundamentales propios, “directamente” que se le originan inconvenientes concretos a causa de la ley, y “actualmente” que éstos ya existen en la actualidad.

<sup>596</sup> Pestaloza, C. Ob. *Verfassungsprozessrecht*.....pág 114. Vid también Schlaich Ob..El Tribunal ..cit....,pág 181. Comenta el autor la situación alemana donde dice que la mayor parte de los recursos se dirigen contra las decisiones de los Tribunales competentes en materia civil, penal, administrativo, fiscal y laboral, tribunales a los se le conoce con el nombre de especializados. Se habla en éste de recurso de amparo contra sentencias. En este punto hay que agregar que el TCF no recusa las decisiones de los Tribunales en lo que concierne a todas las cuestiones jurídicas o deficiencias de aquellas, el TC examina tan sólo si el juez ha desconocido el derecho constitucional específico, y solamente en caso de desconocimiento del derecho constitucional específico, puede intervenir el TCF sobre la base de un recurso de amparo. La expresión **derecho constitucional específico** tiene sus matices, se refiere, dice el autor, al derecho constitucional y a los derechos fundamentales contenidos en él, por oposición a la ley ordinaria. Sin embargo la misma tiene diferentes efectos, según el fin del recurso, contra una sentencia. En primer lugar contra una sentencia puede hacer valer una violación de derechos fundamentales en el proceso seguido ante los tribunales ordinarios. En segundo lugar, el recurso de amparo dirigido directamente contra la sentencia dictada en el pleito ordinario, pero indirectamente puede plantear y hacer valer la *inconstitucionalidad de la ley* que está en la base de dicha decisión. Y por último el recurso de amparo que se dirige contra la interpretación contraria a los derechos fundamentales de una ley y/o contra la aplicación contraria a los derechos fundamentales de una ley a un caso particular por parte del Tribunal. En este punto el



Quedan excluidos de la protección de amparo, los actos de las organizaciones internacionales o supranacionales, los actos de cooperación del gobierno federal en la consecución de acuerdos internacionales, solamente lo es la ley de incorporación del Tratado al Derecho Interno.

### **3.5.2.- Competencia de amparo.**

El requisito de “**..haber sido lesionado en sus derechos fundamentales o en los derechos contenidos en los arts 20.4, 33,38,101, 103 y 104 de la Ley Fundamental.....**” es el filtro para la admisión de los recursos. Los derechos citados en los artículos anteriores, se encuentran fuera de la parte dogmática de la L.F.B, y se les llama derechos asimilables a los fundamentales. Queda decir que el recurso de amparo no está

---

TCF debe controlar si el resultado de la interpretación en sí misma viola los derechos fundamentales que habían sido invocados. Una fuerte crítica a la expresión la hacen Wahl, Rainer/ Wieland Joachin. *La Jurisdicción Constitucional como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgericht. R.E.D.C.* No 51. Año 17. Pág 18, quienes dicen que la expresión lo que remite es a un problema. Esta fórmula, dicen los autores, encubre un supuesto de decisionismo, ya que es naturalmente el propio Tribunal quién decide qué constituye una violación del derecho específicamente constitucional. En cuanto a la delimitación del concepto existen determinadas diferencias entre el enjuiciamiento realizado por los tribunales ordinarios y por el Tribunal Constitucional, ambos se aproximan de modo distinto a la amalgama de derecho fundamental irradiante y derecho ordinario irradiado. En la jurisdicción ordinaria el acercamiento es, por así decirlo, desde abajo, se parte del Derecho ordinario y los elementos del tipo, y a continuación se estudia en qué medida los derechos fundamentales afectan a la interpretación de los conceptos de derecho ordinario. Frente a esto, el Tribunal Constitucional parte desde arriba, del derecho fundamental, busca las vías de apertura a la influencia y de éstos y por tanto está más centrado, o se fija más específicamente, en el Derecho Constitucional. Sin embargo, ello, terminan criticando los autores, en nada altera el hecho causante de toda la problemática de que ambos niveles jurídicos se encuentran entrelazados.

configurado como una acción popular, el demandante tiene que alegar haber sido lesionado en sus derechos fundamentales <sup>(597)</sup>.

El alegato central o substancial de una posible vulneración de un derecho fundamental es filtrada a través de tres presupuestos de admisión que ha desarrollado para el derecho Alemán el Tribunal Constitucional Federal. El recurrente de amparo debe estar afectado personal, actual e inmediatamente, con esto el Tribunal busca eliminar recursos que se presentan innecesarios.

En primer lugar la afectación personal quiere decir que la norma, la decisión judicial o el acto singular debe estar dirigido directamente al recurrente de amparo.

En segundo lugar, que se afecte actualmente al recurrente supone introducir un criterio delimitador frente a futuras intromisiones. El recurrente debe estar afectado actualmente, no virtualmente en el futuro. Esto tiene como objeto evitar que el recurso se convierta en una acción popular <sup>(598)</sup>. Y

---

<sup>597</sup> Wahl, Rainer/ Wieland Joachin. Ob... La Jurisdicción cit..., pág 28. Dicen los autores que a pesar de que la Ley establezca que cualquiera puede interponer un recurso de amparo, incluso careciendo de representación letrada, hoy en día hay que matizar esa expresión por cuanto el Tribunal Constitucional se ha encargado de convertirse en un bastión, al que no puede accederse sino mediante un intenso esfuerzo profesional. Vid también Stein, Ekkehart. Ob...Staatsrecht...cit...pág, dice que la teoría de la posibilidad exige que la afirmación de uno de haber sido lesionado en un derecho fundamental propio debe quedar tan fundamentada que, una vez expuestos los hechos, la lesión "al menos resulte posible".

<sup>598</sup> Von Münch, Ingo. Ob... El recurso...cit..pág 275.

por último, la inmediatez es utilizada por el Tribunal como un instrumento flexible para aquilatar los casos individuales cuando se accede al Tribunal dirigiendo el recurso de amparo directamente contra normas. Un recurrente está afectado inmediatamente por una norma cuando ésta se entromete en su posición protegida por los derechos fundamentales, sin necesidad de que el mandato legal requiera una transformación a través de un reglamento, un acto administrativo, o un acto de ejecución del ejecutivo <sup>(599)</sup>.

En lo concerniente a los plazos, el recurso de amparo debe interponerse y fundamentarse en el plazo de un mes. Si se dirige contra una ley o un acto especial de un poder público contra el que no se encuentre abierta la vía judicial, el recurso debe interponerse en el plazo de un año desde la entrada en vigor o la emisión del acto. ( Arts 93.1.1. y 93.3.LTCFA).

### **3.5.3.- Principio de subsidiariedad.**

La Legislación alemana establece que sólo pueden interponerse el recurso de amparo tras el agotamiento de la vía judicial, o sea, se dirige contra decisiones judiciales de última instancia y con valor de cosa juzgada.

---

<sup>599</sup> Häberle.ob..El recurso...cit...pág 263. Agrega además el autor que con este filtro, lo que hace el Tribunal es salvaguardar la necesaria apelación previa a los Tribunales especializados que están llamados a brindar protección jurídica, en primer por su cercanía, al caso y a la materia. También hay que hacer referencia al principio de subsidiariedad que caracteriza al recurso ante el Tribunal, ya que antes de su decisión al Tribunal hay que transmitirle un material de hechos probados que han sido sometidos regularmente a varias instancias y la visión del caso de los Tribunales, especialmente los Supremos.

De conformidad con este principio, los tribunales son los llamados a decidir en primer lugar, por cuanto la protección de los derechos fundamentales es tarea primaria y preferente de la jurisdicción ordinaria. Se parte, por tanto, del principio de que los Tribunales deben remediarlo y el recurso ante el Tribunal Constitucional debe ser evitado <sup>(600)</sup>.

La doctrina del T.C.F.A. establece que en virtud de ser el recurso de amparo un remedio extraordinario que complementa la construcción de un sistema de protección jurídica, que se concede al ciudadano para la defensa de sus derechos fundamentales, sólo de modo excepcional puede poner en cuestión el valor de cosa juzgada de las decisiones de los tribunales.

El art 90.2.2.LTCFA estipula una excepción, escrita al principio, que exige el agotamiento de la vía judicial previa. Se le conoce la decisión previa y es la decisión inmediata antes del agotamiento de la vía judicial cuando el recurso de amparo sea de “un significado general ” o “ cuando pueda generarse un perjuicio grave e inevitable para el demandante de amparo en el caso de que debiera primero remitirse a la vía judicial ” <sup>(601)</sup>.

---

<sup>600</sup> Stein, Ekkehart. Ob.. Staatsrecht....cit...pág 226. La queja es un recurso subsidiario, esto es, fundamentalmente sólo cabe interponer una vez agotada la vía jurídica contra el acto que supuestamente haya lesionado un derecho fundamental. El término “ vía jurídica” se refiere a la jurisdicción del Estado y comprende todas las licitudes procesales a fin de suprimir la lesión jurídico-fundamental.

<sup>601</sup> Von Münch, Ingo. Ob.. El recurso ....cit...pág 278. Comenta el autor que de no cumplirse estos requisitos, quedará a la discreción del Tribunal Constitucional admitir la queja sin que se haya agotado la vía jurídica. Häberle..ob.El recurso.. cit..pág 264.

Ejemplo de ellos es cuando el afectado no tenga posibilidad de defenderse contra un acto de ejecución porque no tuvo noticia de la violación del derecho o también cuando una remisión a los tribunales especializados no lleve consigo ni una aclaración previa ni una descongestión del Tribunal.

### **3.5.4.- La admisión del Recurso de Amparo.**

Desde que se constituyó el T.C.F.A, el mismo se ha visto desbordado por una gran cantidad de recursos de amparo y por ello desde año 1956, el legislador alemán ha tratado por todos los medios de buscar mecanismos de selección <sup>(602)</sup>.

---

Comenta el autor que el Tribunal Constitucional Alemán ha desarrollado por vía jurisprudencial una excepción de inexistencia, esto quiere decir que el agotamiento de la vía judicial puede excepcionalmente ser innecesario cuando el amparo sea contrario a una jurisprudencia ordinaria firme, reciente y uniforme. También es importante agregar que “ el art. 90.2 LTCFA, supracitado, no rige para los recursos de amparo directos contra leyes. En su lugar se exige que la norma afecte de modo inmediato al recurrente de amparo. Sin embargo, la subsidiariedad como principio general exige también en los recursos de amparo contra leyes, la utilización de todas las posibilidades que ofrece la protección jurídica por los tribunales especializados ”.

<sup>602</sup> Faller, Hans Joachin. *Cuarenta años del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Traducción de Jaime Nicolás. *REDC*. Año 12 No 54. Enero-Abril 1992. Pág 127. Parte de las reformas ha sido instaurar las secciones, a las que una reforma hecha a la ley en el año 1993 le atribuyó un gran alcance. Además la ley permite a las Salas crear diversas Secciones que se compone de tres jueces, composición que no puede ser permanente por más de tres años. Los nuevos arts 93 a 93 d de la LTCFA, establecen los fundamentos para que el recurso pueda ser admitido a la discusión de fondo así como los criterios para tomar esta decisión por la sala o sección.

El reglamento del Tribunal establece un procedimiento previo para descartar los recursos de amparo improcedentes o abiertamente carentes de posibilidades de éxito.

En primer lugar, la ley del Tribunal en su art 93.a.2.a, establece que el recurso de amparo debe admitirse en la medida en que proceda de acuerdo con su fundamental significado jurídico-constitucional. Aquí se pone de relieve la función objetiva del recurso de amparo al servicio de asegurar el desarrollo del Derecho Constitucional.

El segundo motivo lo ocasiona el art 93.a.2.b de la citada ley, al establecer "cuando sea procedente para la realización de los derechos mencionados en el art 90.1 de la Ley del Tribunal ". Este es el caso cuando se genere un grave daño al recurrente de amparo por causa de la negativa de la sentencia a entrar en el fondo.

En lo que concierne al procedimiento en sí, una sección formada por tres jueces <sup>(603)</sup> puede rechazar la admisión del recurso de amparo a través de una resolución adoptada por unanimidad, cuando no se cumplan los presupuestos del art. 93.a.2 de la Ley del Tribunal. Esta decisión, que no tiene recurso alguno, no es necesario que esté motivada.

---

<sup>603</sup> Schneider, Hans Peter. *El Tribunal Constitucional Federal Alemán entre la justicia y la política*. R.V.A.P. No 31. 1991. Pág 103. Dice el autor que a ésta sección compuesta por tres jueces se le conoce con el nombre de Cámaras.

Si por el contrario, el recurso de amparo es procedente y fundamentado, la sección puede desestimar el recurso de amparo cuando la cuestión determinante para el enjuiciamiento del recurso ya ha sido decidida por el Tribunal.

Correspondiendo, en última instancia, las decisiones fundamentales para la creación de Derecho Constitucional a las dos Salas. Ahora bien, si la Sección no ha rechazado la admisión del recurso, debe decidir al respecto la Sala. La Sala admite el recurso de amparo de acuerdo con el criterio del art. 93.a.2 de la Ley del Tribunal. Si la Sala decide no admitir el recurso, la decisión también puede ser tomada sin motivar<sup>(604)</sup>.

### **3.5.5.- Contenido de las Sentencias.**

En todos los recursos de amparo el criterio dominante son, sin lugar a dudas, los derechos fundamentales, enumerados en el art 93.1.4.a de la LTCFA y los derechos asimilados a los fundamentales<sup>(605)</sup>.

---

<sup>604</sup> Stein, Ekkehart. Ob... Staatsrecht...cit...pág 227.

<sup>605</sup> Häberle.Ob... El Recurso....cit...pág 267. En algunas ocasiones el Tribunal ha ampliado sus competencias en dirección a principios jurídico-objetivos como la idea de Estado de Derecho. Dice el autor “que la equiparación se debió a la interpretación extensiva de la protección de los derechos fundamentales contenida en el art 2.1. de LF, llevada por el Tribunal Constitucional desde la sentencia Elfes”.

En lo concerniente al alcance de la revisión, la doctrina alemana y el mismo Tribunal Constitucional, en muchas ocasiones, ha reiterado que no es un Tribunal de super-revisión, ni tampoco una super-instancia de hecho. Solamente examina si se ha vulnerado el Derecho Constitucional, dejando de lado si las sentencias de los Tribunales ordinarios son correctas o no.

Los roces entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional, no son inexistentes. A raíz de ello un sector de la doctrina<sup>(606)</sup>, dentro de los que se encuentra HÄBERLE, refiriéndose a la doctrina del T.C.F.A, hacen algunas consideraciones, que vienen a ser más que todo justificaciones.

En primer lugar dice que, el Tribunal ejerce un control especialmente intensivo sobre el procedimiento judicial. Los criterios a este respecto son, sobre todo, los derechos fundamentales procesales del art 101.1.2 de la LF. La justificación de esta intensidad radica en el hecho de que en el proceso, se decide en gran medida la justicia para el ciudadano.

---

<sup>606</sup> Häberle. Ob. El Recurso cit..., ..pág 269. Sin embargo, dice el autor que la escala de las distintas densidades del control ha sido modificada, en cuanto a la teoría de la intensidad, pues el Tribunal examina la decisión judicial tanto más minuciosamente, cuanto más intensivo es el menoscabo del derecho fundamental en el caso concreto. Y en lo referente a la teoría de la arbitrariedad, también corrige errores en la interpretación que los Tribunales especializados hacen del derecho ordinario, material y formal, cuando el uso defectuoso de ese Derecho no sea comprensible desde una consideración razonable de las ideas fuertes de la Ley Fundamental y lleven a la conclusión de que tal uso depende de valoraciones al margen de la LF.



Segundo, el Tribunal controla intensivamente los límites jurídico-constitucionales de la creación judicial del derecho. Vela por la protección constitucional de la vinculación al derecho y a la ley.

Tercero, dice que, en el campo de los recursos de amparo interpretativos, el Tribunal Constitucional examina si el espacio de decisión reservado al juez se ha empleado en un sentido orientado hacia los derechos fundamentales.

Y por último, en el recurso de amparo ponderativo, el control<sup>(607)</sup> es menor, ya que solamente puede revisar la ponderación como último recurso.

Para terminar esta breve sinopsis de la Justicia Constitucional Alemana, hemos de decir con respecto a las sentencias que dicta el Tribunal, que se encuentran reguladas en su ley de creación, alcanzan el valor de cosa juzgada formal y material. Además las decisiones del Tribunal vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Länder, así como a todos los Tribunales y Autoridades.

De acuerdo con lo previsto en el art. 31.2.1 y 2 de la LTCFA, tienen fuerza de ley las decisiones del Tribunal en los casos de control abstracto y

---

<sup>607</sup> Hesse, K. Ob...Significado de los Derechos Fundamentales..en Manual...cit..pág 113, nota 77. Resalta el autor la cuestión de que la comprobación del supuesto de hecho, la interpretación y la aplicación de los preceptos infraconstitucionales básicos son, en principio, de la exclusiva atribución de los tribunales ordinarios competentes. Si una decisión no viola Derecho Constitucional no puede ser objetada aunque sea defectuosa desde el punto de vista del Derecho Ordinario.

concreto de normas, de verificación del Derecho Internacional y del recurso de amparo cuando el Tribunal declara compatible o incompatible con la LFB o nula una ley<sup>(608)</sup>. En el caso del recurso de amparo, que no se dirige directa o indirectamente contra una ley, el Tribunal Constitucional constata que la disposición de la LFB, ha sido violada y porque tipo de acto y anula la decisión inconstitucional. En caso de recurso de amparo contra una decisión judicial, reenvía el asunto al tribunal competente. Las decisiones con fuerza de ley, se publican en el Diario Oficial de la Federación <sup>(609)</sup>.

En la actualidad en Alemania se ve con gran preocupación el incremento en el número de recursos de amparo que ingresan a conocimiento del Tribunal. En el año 1997, el número de asuntos que tuvieron entrada se incremento en un 14%, de los cuales el 97% eran recursos de amparo.

Un sector de la doctrina<sup>(610)</sup> sostiene que la jurisdicción constitucional se sacrifica en favor de la mera cantidad, y se está exprimiendo a la institución hasta su agotamiento.

---

<sup>608</sup> Schlaich, Klaus. Ob. El Tribunal Constitucional .cit...pág 192. En la legislación alemana las leyes inconstitucionales no son sólo consideradas como susceptibles de anulación sino que son consideradas como leyes nulas desde su origen.

<sup>609</sup> Cfr. Bocanegra Sierra, Raúl. Ob... *Cosa juzgada, vinculación* cit....,Pág 239.

<sup>610</sup> Wahl/Wieland. Ob. La jurisdicción .cit..pág 15. Estos autores achacan el incremento en el número de asuntos en el descubrimiento y desarrollo de la

Se discrepa porqué con la última reforma a la Ley del T.C.F.A. que tuvo como núcleo el trámite de admisión, no se ha logrado la disminución de los asuntos. Se exponen razones como que el Tribunal no está aprovechando las posibilidades que el legislador le ha brindado o porque se partió de un enfoque restringido del problema <sup>(611)</sup>.

Ante tal panorama se propone una desvinculación de la idea de tutela jurídica individual, y una orientación hacia la resolución de cuestiones jurídicas fundamentales como tarea prioritaria. Está la idea fundamental del procedimiento que al efecto utiliza al Supreme Court de los Estados Unidos, un procedimiento basado en principios de oportunidad y que para algunos es viable trasponer en Alemania <sup>(612)</sup>.

---

dimensión objetiva jurídico-objetiva de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales bajo la vigencia de la LFB han cobrado una eficacia distinta, más intensa, de irradiación al conjunto del ordenamiento jurídico, han pasado a tener efectos no sólo bilaterales, sino erga omnes, adquiriendo un carácter absoluto y esto ha traído como consecuencia profundas implicaciones de orden procedimental. Las causas de este hecho han sido las trascendentales sentencias **Elfes y Lüth**. Estas inauguraron un potencial de recursos, abriendo el Tribunal Constitucional de tal forma, que la infracción de la legalidad ordinaria se ha entrelazado de tal modo con la vulneración de derechos fundamentales, que no cabe esperar que tenga éxito ningún intento de delimitación de carácter material.

<sup>611</sup> Rodríguez Alvarez. José Luis. *Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la Verfassungsbeswerde*. R.E.D.C. No 14 Año 41. Mayo-Agosto 1994. Pág 139.

<sup>612</sup> Walh/Wieland. Ob. La Jurisdicción... .cit...pág 23. Vid también Simon, Helmut. Ob...La jurisdicción Constitucional cit..., pág 860. Comenta el autor que en la jurisdicción constitucional alemana, muchas propuestas son viables, menos de la supresión del recurso de amparo. Opina que lo que cabe esperar es una

## **IV.- Sistema de Justicia Constitucional de Costa Rica.**

### **4.1.- Generalidades.-**

El control de la Constitucionalidad fue introducido en Costa Rica por el antiguo Código de Procedimientos Civiles en 1936. Posteriormente, en 1949, el art 10 de la Constitución le confirió rango constitucional.

Dentro de las características del sistema, la vía incidental era la única forma de ejercer el control de la constitucionalidad de las normas. Y la legitimación era tan sumamente reducida que la hacía prácticamente inexistente.

La reducida legitimación, así como el mal funcionamiento del sistema, con una jurisprudencia restrictiva y desconstitucionalizadora de muchos derechos constitucionales, llevaron a la creación de Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ley número 7135/89 del día 18 de Octubre <sup>(613)</sup>.

---

concentración en la función objetiva del Tribunal, es decir, en recursos de amparo con significado constitucional, en virtud de que la protección de los derechos fundamentales viene garantizada por la jurisdicción ordinaria.

<sup>613</sup> Piza Escalante, Rodolfo. *De la Corte Plena a la Sala IV*. ~~Ivstitia~~. No 69. Año 6. 1992. Pág 25. Comenta el autor que la nueva ley de la jurisdicción constitucional incorpora un serie de mecanismos tendente, a corregir la jurisprudencia restrictiva del sistema anterior. Del sistema concentrado se han tomado los principios y criterios fundamentales. En particular, el control de la constitucionalidad concentrado en un tribunal especializado, que no pertenece al orden común. Se trata de un verdadero Tribunal a pesar de que adopta el nombre de Sala y de que forma parte de la Corte

La ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica establece como finalidad garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y los del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, la uniforme interpretación y aplicación de los mismos y los derechos y libertades fundamentales consagrados en la constitución o en los instrumentos Internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

La Jurisdicción Constitucional está a cargo de una Sala Constitucional especializada dependiente del Poder Judicial, consagrando un sistema de jurisdicción concentrada. Está integrada por siete magistrados nombrados por la Asamblea Legislativa por períodos de ocho años, pudiendo ser reelectos. Los precedentes son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma. Resuelve en única instancia y contra sus resoluciones solamente caben los recursos de adición y aclaración.

Tiene competencia para conocer de los recursos de Amparo y Hábeas Corpus, para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes, para resolver los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y finalmente el Art 2, deja abierta la posibilidad para que conozca de los demás asuntos que la Constitución o la presente ley le atribuyan<sup>(614)</sup>.

---

Suprema de Justicia. La competencia de este Tribunal se la otorga la Constitución. Vid en el mismo sentido Ortiz Ortiz, Eduardo. *El control de la Constitucionalidad en Costa Rica*. San José. *Ivstitia*, No 50, Año 5. 1991. Pág 4. Vid también del mismo autor *La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica*. R.E.D.C No 44, 1995, pág 67.

#### 4.2.- El control de la Constitucionalidad de las leyes.-

En cuanto al control de la constitucionalidad de las leyes lo ejerce por medio de cuatro procesos. A) acción de inconstitucionalidad, B) la consulta judicial de inconstitucionalidad o control a priori; c) la consulta legislativa de constitucionalidad y d) el Veto por razones de inconstitucionalidad.

En cuanto al primero, es el mecanismo tradicional del control de constitucionalidad a posteriori. Se consagra un sistema mixto en el que existe un órgano con competencia para conocer sobre los asuntos de inconstitucionalidad. El control se puede ejercer a través de tres vías. La primera la vía incidental, segundo la vía principal para los particulares y tercero la vía principal para algunos órganos constitucionales.

En la primera vía se necesita la existencia de un proceso judicial o de un procedimiento administrativo tendente a su agotamiento, pendientes de resolución, como requisito procesal previo al ejercicio de la acción.

La exigencia de que exista un asunto pendiente<sup>(615)</sup> ante los Tribunales, se encuentra unida a la exigencia de que la persona que

---

<sup>614</sup> Hernández Valle, Rubén. *La Justicia Constitucional en Costa Rica*. En Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. C.E.C. Madrid. 1997. Pág 89. Del mismo autor Ob.. Derecho Procesal Constitucional..cit. pág 113. Vid Sagués, Néstor Pedro. *La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica*. R.E.P. No 74. Oct-Dic 1991. Pág 471.

<sup>615</sup> La doctrina de la Sala Constitucional voto 1367/91, es por lo que concierne a la acción por vía incidental, que la enumeración de los casos que pueden servir de base

impugna la inconstitucionalidad de una ley ostente un derecho subjetivo o interés legítimo que deba ser tutelado, siendo por consiguiente, que la acción de inconstitucionalidad se constituye un medio idóneo para amparar este derecho o interés.

La legitimación para activar el control corresponde, en principio, a las partes en un juicio o procedimiento administrativo tendiente al agotamiento de la vía administrativa, en el que consideren que una norma o acto que deben aplicarse en su resolución o tramitación es contrario al bloque de la constitucionalidad. Además es necesario que la norma, el acto o la omisión impugnada sean decisivas en la resolución del caso pendiente que le sirve de base, y que se invoque la inconstitucionalidad de una norma dentro del juicio principal.

En el sistema Costarricense la acción, como vimos anteriormente, debe ser un medio razonable para tutelar un derecho o un interés jurídicamente relevante dentro del proceso judicial o procedimiento administrativo respectivo.

La segunda vía se estipula en el art 75 de la L.J.C, que establece una legitimación directa a los particulares al disponer que no se requiere juicio ni procedimiento previos, primero cuando por la naturaleza del asunto no exista

---

para una acción son taxativos (asunto pendiente de resolver ante los Tribunales, inclusive de Amparo o Hábeas Corpus, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa) fuera de ellos no procede ningún otro. También en el voto 616/90, se estableció que la acción de inconstitucionalidad será improcedente una vez resuelto el asunto principal por sentencia firme.

lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o de la defensa de intereses que atañen a la colectividad en su conjunto. Un sector de la doctrina costarricense ha llegado a sostener la tesis de que del párrafo segundo del citado artículo se desprenda la instauración de la llamada acción popular como régimen de legitimación para el control constitucional <sup>(616)</sup>.

Pero también se autoriza la vía directa en materia de inconstitucionalidad, al legitimar directamente al Contralor General de la República, al Procurador General de la República y al Defensor de los Habitantes, para establecer acciones de inconstitucionalidad, lo anterior en virtud de importancia de estos órganos para el sistema constitucional de la nación.

Finalmente, la impugnación contra las leyes autoaplicativas, en el fondo, se convierte en una especie de legitimación directa, lo mismo que cuando se impugna una norma concomitantemente con sus actos de

---

<sup>616</sup> Hernández Valle, Rubén. *La Tutela de los Derechos Fundamentales*. Editorial Juricentro. San José. 1990. Pág 203. En el mismo sentido Jiménez Meza, Manrique. *La legitimación objetiva y directa en la acción de inconstitucionalidad*. *Ivstitia*. No 89. Año 8. Pág 14. Sin embargo, nuestro criterio es que la norma es confusa y que en ningún momento se instaura la acción popular. De la lectura de la misma no se desprende semejante conclusión, pues al decir que se trata del caso de una lesión no individual ni directa, simplemente está diciendo lo contrario: una norma colectiva o grupal( no individual) e indirecta(no directa), los cuales son requisitos necesarios para entrar en los supuestos de intereses difusos o de la colectividad en su conjunto, según sea el caso. Lo que hay es un concepto reiterativo dentro de un mismo párrafo, pues hablar de intereses difusos y que atañen a la colectividad en su conjunto es hablar de lesiones que no tienen carácter individual ni directo. E incluso la Sala Constitucional en su jurisprudencia voto 1634/90 ha negado la existencia de la acción popular.



aplicación, pues en tales hipótesis la Sala debe otorgarle un plazo de quince días al recurrente para que transforme el recurso de amparo en una acción de inconstitucionalidad.

La sentencia estimatoria tiene efectos abrogativos y erga omnes hacia el futuro, declarativos y retroactivos respecto de la norma o del acto impugnados. Sin embargo, existen límites a los efectos retroactivos de la sentencia estimatoria, como son las relaciones extinguidas por prescripción, caducidad, etc. o consumación de hechos cuando estos fueren material o técnicamente irreversibles.

La sentencia desestimatoria solo precluye la posibilidad de plantear la acción dentro del mismo procedimiento o juicio, por lo que no produce cosa juzgada material, pudiendo plantearse una nueva acción contra la misma norma o acto en un juicio diferente.

En el segundo proceso, la consulta judicial de constitucionalidad es el otro mecanismo de control a posteriori. Legitimados para la interposición de la misma está cualquier juez de la República, la cual es facultativa, salvo en el caso en que deban resolver los recursos de revisión que se funden en una alegada violación del principio del debido proceso o de los derechos de audiencia y defensa, en cuyo caso es preceptiva.

El tercer proceso es la consulta legislativa de constitucionalidad. Ésta se inscribe dentro del control a priori de constitucionalidad, desarrollado en forma profusa por la legislación y la doctrina francesa.

En Costa Rica existen dos tipos de consulta legislativa, una preceptiva, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales o de reformas a la ley de la Jurisdicción Constitucional, así como de aquellos proyectos relativos a la aprobación de Convenios o Tratados Internacionales. Inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.

En cambio es facultativa cuando se refieran a proyectos de ley ordinarios, a la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos o de reformas al Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa. También cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratara de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido, o efectos se refiera a su respectiva competencia constitucional.

También tiene legitimación para realizar la consulta el defensor de los habitantes, cuando considere que un proyecto infringe derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los Instrumentos Internacionales de derechos humanos vigentes en la República <sup>(617)</sup>.

---

<sup>617</sup> Gimeno Sendra, Vicente. *Los Órganos colaboradores de la Justicia Constitucional en Costa Rica y España*. R.E.D.C. No 34. Año 12. Enero-Abril 1992. Pág 11

El último proceso es el veto por razones de inconstitucionalidad. Este conflicto jurídico-político lo resuelve la Sala Constitucional y determinará si las normas impugnadas son contrarias a la Constitución, en tal hipótesis se eliminan del referido proyecto de ley y se continúa su tramitación. Si las rechaza, el proyecto debe tenerse por aprobado, salvo que también se hubiera vetado por razones de oportunidad, en cuyo caso la Asamblea Legislativa lo tendría que resellar por los dos tercios del total de sus miembros para convertirlo en ley <sup>(618)</sup>.

En cuanto al objeto del control, son fiscalizables todas las normas y actos sujetos al derecho público, con excepción de los actos jurisdiccionales del Poder Judicial y de los que dicte el Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral. Pueden ser recurridos mediante el recurso, las leyes de reforma constitucional, el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, los Tratados Internacionales, las leyes, los actos con valor de ley, los actos legislativos, las disposiciones generales enmendadas de sujetos privados, y también se pueden plantear la inconstitucionalidad por inercia, omisiones y abstenciones de las autoridades públicas <sup>(619)</sup>.

---

<sup>618</sup>Hernández Valle, Rubén..ob..Derecho Procesal...cit..pág 411

<sup>619</sup>Hernández Valle, Rubén..ob..Anuario...cit..pág 99. Dice el autor que la inconstitucionalidad por omisión es uno de los temas más controvertidos del Derecho Procesal Constitucional, ya que es el que abre la puerta para los Tribunales Constitucionales dicten sentencias normativas. Y dicha omisión es aquella provocada por la inactividad del órgano legislativo, pese a la existencia de un mandato legislativo expreso.

#### **4.3.- La protección de los Derechos Fundamentales.-**

La otra gran competencia de la Sala Constitucional es la garantía de los derechos y libertades fundamentales.

En Costa Rica existen dos procedimientos específicos para la garantía de los derechos, el hábeas corpus y el amparo.

##### **4.3.1.- Hábeas Corpus.-**

La legislación costarricense contempla el recurso de hábeas corpus como un procedimiento sumario y cualquier persona lo puede plantear en nombre de otro. Se reconocen cuatro tipos de Hábeas Corpus: **Reparador**, el cual procede para garantizar la libertad e integridad personales contra los actos y omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, inclusive judicial. Esta modalidad se extiende también a las omisiones. El **Preventivo**, que procede contra las amenazas de la libertad personal, o sea, se pueden plantear recursos de Hábeas Corpus que cesen amenazas de restricción o privación a la libertad personal. **Restringido**, que procede para proteger las perturbaciones o restricciones de la libertad personal. Su finalidad es cesar perturbaciones y restricciones actuales a la libertad personal y por último el **Correctivo** que se utiliza para cambiar el lugar de detención cuando no sea el adecuado a la índole del delito cometido y también para cesar el trato indebido al arrestado.

Por último hay que decir que el Hábeas Corpus tutela también las restricciones ilegítimas a la libertad de tránsito y la sentencia estimatoria que dicte la Sala Constitucional, condena en abstracto al funcionario que produce el agravio y solidariamente al Estado.

#### **4.3.2.- El recurso de amparo.**

La legislación costarricense regula el proceso de amparo, el cual tiene características propias, porque a diferencia de la mayoría de las legislaciones, se trata de un proceso inicial y no terminal. Por tanto el proceso opera contra las actuaciones administrativas del Estado, pero, en cambio, se deniega contra las resoluciones judiciales, que es lo típico del amparo en el Derecho Comparado.

El proceso de amparo en Costa Rica, ocupa una posición de alternatividad, se trata de un proceso que puede seguirse para reparar una lesión; no obstante, si el actor lo estima oportuno, el remedio para dicha reparación podría haber sido otro, normalmente ante los tribunales ordinarios, excluyéndose las dos vías procesales entre sí. En consecuencia, un ciudadano, para proteger sus derechos y libertades fundamentales, puede acudir libremente ante la jurisdicción constitucional a través del proceso constitucional de amparo, o puede optar por acudir ante los órganos judiciales ordinarios a través de los correspondientes procesos en cada caso configurados, a diferencia del recurso de amparo español que responde al principio de subsidiariedad.

El proceso es conocido y resuelto en única instancia por la Sala Constitucional y se presentan dos modalidades. Una contra servidores y órganos públicos y la otra contra los particulares.

El primero procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución o en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

En Costa Rica no es obligatorio, para la procedencia del amparo, el agotamiento de gestiones o vías previas, se deja como optativo al agraviado el recurrir por la vía administrativa agotándola, o recurrir al amparo sin hacerlo, si decide lo primero la prescripción se suspende.

Ahora bien, al no permitir la Ley el amparo contra resoluciones judiciales (art.30, inc.b.LJC), no es necesario ni posible el agotamiento de la vía paralela, por el contrario al agotarla, con la consecuente existencia de la resolución judicial se estaría cerrando completamente la vía expedita de amparo.

En cuanto a los actos objeto de control por medio del amparo, hay que decir que el recurso tutela la violación o amenaza de violación de cualquier derecho fundamental consagrado en Constitución y en los Tratados

Internacionales relativos a los derechos humanos vigentes en el ordenamiento. Los actos recurribles por la vía de amparo son los actos administrativos, la leyes autoaplicativas, los actos de gobierno, los actos legislativos, y los actos de las comisiones de investigación legislativa <sup>(620)</sup>.

En cuanto a la legitimación, en Costa Rica no existe regulación legal o constitucional que consagre la denominada acción popular a los efectos de controlar-en abstracto- la constitucionalidad de los actos subjetivos de las autoridades públicas por la vía de acción de amparo<sup>(621)</sup>, sin embargo, un sector de la doctrina costarricense opina que sí.

La lesión a un derecho fundamental es condición sine qua non para legitimar una acción de esa naturaleza. Aquellos actos que no sean susceptibles de producir una lesión a uno de esos derechos, sólo podrán ser objeto de una acción de inconstitucionalidad, si además concurre cualquiera

---

<sup>620</sup> Piza Escalante, Rodolfo. Ob...De la Corte Plena a la Sala IV. Cit..pág 25.

<sup>621</sup> Hernández Valle, Rubén. Ob..La tutela ....cit., pág 94. Opina el autor que la “ Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, al permitir que cualquier persona interponga un recurso de amparo, consagra una acción popular en materia de legitimación activa”. Sin embargo, como lo vimos anteriormente, la acción popular se define como un interés derivado de la normativa, de manera directa hacia cualquier sujeto, persona física o jurídica, en igualdad de condición para la defensa de la legalidad objetiva. Se requiere de una situación jurídica material tutelable, no exclusiva del sujeto, sino que aparece diluida en la generalidad. Por lo tanto no compartimos la posición del profesor Hernández Valle, pues la legitimación del amparo en Costa Rica no conlleva la acción popular, a lo más que llega es a otorgar a los ciudadanos la posibilidad de recurrir en defensa de intereses difusos, que es una legitimación diferente a una legitimación popular.

de los tipos de legitimación que prevé el párrafo segundo del art 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional <sup>(622)</sup>. En consecuencia, no está legitimado para accionar como agraviado quien no es titular de un derecho fundamental.

La legitimación pasiva, la ley exige que se debe indicar contra quién se dirige el recurso (art 38LJC). La LJC establece en forma genérica la legitimación pasiva del funcionario público, dentro del que se incluye al funcionario de hecho. En virtud de los términos en que está redactada la ley costarricense, hay que decir que son sujetos pasivos en el recurso contra órganos o servidores públicos, desde los órganos de Estado (poder ejecutivo, legislativo, judicial, municipalidades, instituciones autónomas), hasta los órganos públicos no estatales, por ejemplo los colegios profesionales.

Otro de los supuestos en los que continúa rigiendo el concepto de lesión se presenta en relación con el recurso de amparo contra leyes.

---

<sup>622</sup> Castro Loría, Juan Carlos. *La legitimación en el recurso de amparo*. Ivstitia. No 67. Año 6. 1992. Pág 20. La Sala Constitucional en la Sentencia No 93/90 del 25 de Enero, en esta materia ha establecido “ Es verdad que tenemos que tener presente que el artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que cualquier persona podrá interponer el recurso de amparo, lo que debe entenderse que al hablar la ley de cualquier persona se refiere al agraviado en un derecho constitucional o a todas aquellas personas que lo interpongan a su favor. Es decir, toda persona está habilitada para promover acción (individual o colectiva) pero en el entendido de si lo plantea el agraviado, éste deberá ser titular del derecho constitucional lesionado y si lo interpone otra persona que no sea el agraviado, será a favor de éste”.



El art 30 apartado a) de la LJC niega-en principio- el amparo contra leyes u otras disposiciones normativas con excepción de dos supuestos. Cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas, o cuando se trate de normas de aplicación automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado.

En estos dos supuestos, el amparo es admisible con la salvedad de que la constitucionalidad o no de la norma, deberá resolverse por la vía de acción de inconstitucionalidad, conforme a lo previsto en el art 48 de la LJC, que en forma preceptiva obliga a la Sala o al Presidente-según sea el caso-a conferir un plazo de quince días hábiles para deducir la correspondiente acción de inconstitucionalidad.

Si las normas impugnadas en el recurso de amparo no son susceptibles de producir una lesión al sujeto que lo promueve o en favor del cual se establece, el recurso deberá ser rechazado de plano, pues no media la infracción a un derecho fundamental. Por el contrario, si la lesión es cierta, deberá suspender el dictado de la resolución final en el amparo, hasta tanto no sea resuelta la acción promovida.

En el fondo es una copia del sistema español de la autocuestión que se establece el art 55.2 LOTC, con sustanciales diferencias, como por ejemplo que en España es el mismo Tribunal el que eleva la cuestión de

inconstitucionalidad, resolviendo previamente el recurso de amparo, en Costa Rica se suspende el conocimiento del recurso y se le concede al agraviado un plazo para que interponga la acción de inconstitucionalidad, por eso decíamos al inicio que se trata de una especie de legitimación directa.

En lo referente a los efectos de las sentencias dictadas en los recursos de amparo, el principal efecto de una sentencia estimatoria es la de restituir o garantizar al agraviado en el pleno goce de sus derechos fundamentales, reestableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando ello fuere posible. La Ley de la Jurisdicción Constitucional otorga a la Sala Constitucional la potestad de establecer los efectos de la sentencia estimatoria en el caso concreto, lo cual es sumamente conveniente, ya que siempre existen casos atípicos.

En las sentencias desestimatorias, las mismas no prejuzgan sobre las responsabilidades en que pudiere haber incurrido el autor del agravio, lo cual deja abierta la posibilidad de que el recurrente utilice otras vías procesales para tratar de satisfacer su pretensión.

El otro efecto importante es la condenatoria del recurrido a la indemnización de los daños y perjuicios y al pago de las costas, cuya liquidación se reserva a la ejecución de sentencia en la vía civil.

El recurso de amparo se concede también contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho privado. Ha sido doctrina tradicional en el

amparo que éste proceda contra acto de la autoridad violatorio de derechos constitucionales. No obstante, una de las modernas orientaciones del amparo (recogida por nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional) es la ampliación de la garantía, declarándolo procedente no sólo contra actos de autoridades del Estado o de entes descentralizados, sino además contra actos provenientes de particulares, en determinados casos.

En materia de legitimación activa, la misma es amplia, no hay restricción alguna, cualquier persona puede interponer el recurso (art 58 LJC), y puede accionar en favor de otra, quien debe ser el agraviado. Situación que no existe en ordenamientos como el de Colombia.

En lo que atañe a la legitimación pasiva, se hace necesario distinguir aquí frente a quién se presentará, toda vez que, por la clase de sujetos que pueden señalarse como autores de la violación o amenaza del derecho constitucional, es necesario establecer quien responderá, ya que si es una persona física no hay problema, se plantea contra éste, pero si se tratara de una persona jurídica se hace contra su representante legal y cuando se trate de empresas, grupos o colectividades contra su aparente o responsable individual.

Sin embargo, la limitación del objeto es la parte medular de este novedoso recurso. La LJC, en su art 57, establece que se requieren dos conductas del sujeto agraviante para que el recurso proceda: La primera cuando el sujeto de derecho privado actúe o deba hacerlo en ejercicio de

funciones o potestades públicas y segundo cuando se encuentre de derecho o de hecho en una posición de poder, con una condición: que no exista un mecanismo jurisdiccional, o que, de existir, sea éste claramente insuficiente o tardío, aun así sólo se acogerá en sentencia el recurso de amparo contra conductas ilegítimas del sujeto privado, o sea, la conducta para objeto del recurso de amparo debe ser ilegítima<sup>(623)</sup>.

Delimita también el objeto del amparo, por vía de analogía, el art 29 L.J.C. al establecer que el recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta ley, salvo los protegidos por el hábeas corpus, de conformidad con el art 2 de la misma, éstos son los consagrados en la Constitución y los Derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica, así mismo, el art 30L.J.C. en sus apartados b) y ch) delimita el objeto de este amparo al

---

<sup>623</sup> Sala Constitucional. No 189 del 16 de febrero de 1980, ha dicho que de conformidad con el art 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para que proceda el amparo contra particulares, es necesario que el recurrido se encuentre en una situación de poder frente al cual los remedios resulten insuficientes o tardíos. Y además que la conducta sea ilegítima. El punto principal aquí es que las garantías jurisdiccionales resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales. Cabe resaltar que este requisito no se encuentra en el amparo contra órganos o funcionarios públicos. Lo anterior plantea el tema de las vías concurrentes o paralelas en el amparo. Como prácticamente todo derecho tiene su fundamento en la Constitución, en la mayoría de los casos el ordenamiento establece garantías procesales específicas para protegerlos. La legislación costarricense establece que, aunque existiendo vía paralela, puede intentarse el amparo directamente, cuando la remisión a los procedimientos ordinarios resulte claramente insuficiente o tardía para tutelar el derecho fundamental violado. De dónde se deduce que el amparo no sólo procede cuando falta la vía procesal paralela, sino también en los casos en que hallándose regulada, resulta ineficaz para tutelar el derecho fundamental conculcado o amenazado de violación.

establecer que no procede el amparo contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial, ni cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada.

El sujeto de derecho privado puede ser tanto una persona física como jurídica, puede ser como lo establece la ley una empresa, grupo o colectividad organizada.

La legislación costarricense establece que cuando la Sala Constitucional rechaza de plano un recurso de amparo contra particulares por no ser la vía jurisdiccional idónea para tutelar la supuesta violación alegada, debe necesariamente indicar el procedimiento administrativo o el proceso judicial idóneo al efecto <sup>(624)</sup>.

Queda por agregar que el recurso contra sujetos de derecho privado se rige en Costa Rica por las mismas disposiciones generales del amparo contra órganos o servidores públicos, toda vez que ambos protegen lo mismo, los derechos constitucionales, solo que frente a distintos sujetos, el primero frente a sujetos de derecho privado y el segundo frente al Estado.

---

<sup>624</sup> Al respecto ha dicho en SSC del día 30 de abril No 822/91, que “...debe quedar muy claro que la figura del amparo contra sujetos de derecho privado fue creada para la protección de los derechos fundamentales cuando la comisión del asunto a las instancias ordinarias pudiera causar un daño grave o irreparable a los derechos esenciales de las personas ”

#### **4.4.- Conflictos de competencia.**

El último bloque de competencias que el sistema costarricense atribuye a la Sala Constitucional son los Conflictos de competencia.

La jurisdicción constitucional comprende los instrumentos de resolución de conflicto entre los diversos órganos del poder, en relación con las competencias y atribuciones establecidas para dichos órganos en las Constituciones. SCHMITH los llamaba litigios constitucionales.

Este tipo de conflictos se dan cuando varios órganos se atribuyen la competencia para resolver un determinado asunto con exclusión de los demás órganos (conflicto positivo) y cuando todos los órganos se abstienen de asumir la competencia en ese caso concreto (conflicto negativo). Doctrinariamente se habla también de un conflicto preventivo cuando, en etapa de ejecución, un órgano pretenda invadir la competencia de otro. El sistema costarricense le otorga, de conformidad con el art 109 LJC, el conocimiento de dichos conflictos a la Sala Constitucional.

Estos conflictos pueden ser de dos tipos:

- a) Los conflictos de competencia o atribuciones entre los poderes del estado, incluido el TSE o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General

de la República. En cuanto a ésta, la ley no exige que los mismos sean de orden estrictamente legal.

b) Los conflictos de competencia o atribuciones constitucionales entre cualquiera de los poderes dichos u órganos y las entidades descentralizadas, municipalidades u otras personas de Derecho Público, o los de cualquiera de éstas entre sí.

El art 110 LJC establece que la cuestión debe ser planteada por la jerarquía de cualquiera de los órganos o entidades en conflicto, quien debe enviar a la Secretaria de la Sala un memorial con la expresión de todas las razones jurídicas en que se fundamente.

La resolución dictada es vinculante para los órganos en conflicto, no habiendo posibilidad de recurso alguno contra la misma. Sólo la adición y aclaración si es interpuesta dentro del tercer día.

**CAPITULO CUARTO**

**LOS INSTRUMENTOS DEL CIUDADANO**

**EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL**

**1.- LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES**

Así como existe un derecho procesal civil, penal, laboral, también existe un derecho procesal constitucional cuyas normas y principios están dirigidos a proteger el cumplimiento de la Constitución<sup>(625)</sup>.

En tanto el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de Derecho Constitucional se atribuye a una clase especial de órganos jurisdiccionales, puede hablarse de un proceso constitucional diferenciado de los demás. En el ordenamiento español, por ejemplo, el Tribunal Constitucional conoce de una serie de procesos que tienen por objeto pretensiones fundadas en normas constitucionales, ésta es la nota que los

---

<sup>625</sup> Fix Zamudio, Héctor. Ob.. La problemática contemporánea....cit...pág 133. Dice el autor que el Derecho Procesal Constitucional es una de las ramas más jóvenes de la ciencia del derecho procesal, y no ha sido objeto todavía de una doctrina sistemática que defina su verdadera naturaleza y establezca sus límites dentro del inmenso campo del derecho.



distingue. Las normas que se invocan en estos procesos son de derecho constitucional y la materia de litigio es, por consiguiente, constitucional.

A criterio de GUASP, para que exista una clase especial de procesos, no es decisivo que existan pretensiones fundadas en una clase especial de normas, sino que es necesario y suficiente que haya un grupo de pretensiones cuya actuación se confía a una clase especial de órganos de la jurisdicción<sup>(626)</sup>.

Los procesos constitucionales tienen por objeto pretensiones fundadas en normas constitucionales. Esto es precisamente el factor común entre ellos. La materia cuestionable al igual que las normas invocadas, son de orden constitucional, la relación básica del proceso, pretensión-satisfacción, versa necesariamente sobre las citadas normas constitucionales. Esto puede verse fácilmente, pues la pretensión que se aduce ante el Tribunal Constitucional ha de fundamentarse en normas constitucionales, y la satisfacción, que tiene que dar el citado Tribunal, tiene que proporcionarse sobre razonamientos igualmente referidos a la norma constitucional<sup>(627)</sup>.

---

<sup>626</sup> Guasp, Jaime. Ob... Derecho Procesal Constitucional...cit..., pág 428. Por su parte González Pérez. Ob.. Derecho Procesal...cit...pág 41, opina, que en el ordenamiento jurídico español, la defensa de la Constitución atribuida al Tribunal Constitucional se configura como un auténtico proceso. Las normas constitucionales sirven de fundamento a una pretensión que se deduce por un sujeto frente a otro ante un órgano estatal supraordenado por las partes.

<sup>627</sup> García Martínez, Asunción. Ob.. El recurso de inconstitucionalidad...cit..., pág 32.

En consecuencia, los procesos constitucionales son aquellos procedimientos jurisdiccionales creados por el legislador cuyo objeto es defender bienes constitucionales, en especial los derechos fundamentales, y que encuentran su justificación básica en la importancia que esos bienes poseen en el ordenamiento y en el Estado Democrático de Derecho.

### **1.1- Características del Proceso Constitucional.**

La jurisdicción constitucional se halla vinculada con un orden material concreto. El orden constitucional, y encuentra su razón de ser en la naturaleza de la función que se le asigna, que es el mantenimiento del sistema jurídico político y de la relación de poderes que establece la norma fundamental.

Ejerce las funciones que le son propias a través de una serie de mecanismos procesales, cuya naturaleza y características son muy diferentes, pero se agrupan bajo el nombre de procesos constitucionales, donde se incluyen aquellos que tienen como fin el control de la constitucionalidad de las leyes -razón de ser de la jurisdicción constitucional- así como otros cuya finalidad directa y primaria es distinta<sup>(628)</sup>.

---

<sup>628</sup> Montoro Puerto, Miguel. *Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales*. Editorial Colex. Madrid. 1991. TII. Pág 161. Este autor es de la opinión que los procesos constitucionales que tienen otra finalidad distinta a la verificación de la constitucionalidad de las leyes, siempre tienden a cumplir un mandato de garantía constitucional.

Una de las principales características de los procesos constitucionales es que en la mayoría de los ordenamientos no pueden iniciarse de oficio por el propio órgano jurisdiccional, únicamente a instancia de los órganos o personas legitimadas, prácticamente no existe en esta materia la acción popular y siempre se exige, en los que se acepta, la legitimación del ciudadano que se invoque un interés legítimo<sup>(629)</sup>.

## **1.2-PRINCIPIOS RECTORES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.**

La Jurisdicción Constitucional se encuentra regulada por una serie de principios que le dan contenido. Estos principios derivan de las categorías procesales clásicas y que son adaptados a la singularidad y características propias de la Jurisdicción Constitucional.

### **1.2.1.- Principio de la legalidad fundamental.**

En todo ordenamiento existe un derecho fundamental a la legalidad constitucional, derivado del principio de supremacía constitucional, cuyo contenido se traduce en la necesidad de que existan garantías específicas y apropiadas de la supremacía y vigencia de la constitución. Bajo este principio

---

<sup>629</sup> Sergio Galleotti/Rossi Bruno. Ob. *El Tribunal Constitucional en ...* pág 119. Es opinión de estos autores que la garantía de la constitucionalidad de las leyes encuentra se condicionada tanto por los medios que se ponen a disposición como por la capacidad de disfrute de los mismos que poseen los sujetos y los órganos, ya sean estos privados o públicos, interesados en solicitar la protección del Tribunal. Existe una excepción y es el de la Corte Constitucional Italiana, en los casos que se considere competente en cuanto órgano jurisdiccional, puede plantear ante sí misma el problema de constitucionalidad de una norma primaria.

tienen, todos los poderes públicos y los demás sujetos del ordenamiento, la obligación de respetar la legalidad constitucional, por lo que en caso de transgresión el afectado tiene el derecho de buscar la tutela para la protección del o los derechos violados.

#### **1.2.2.- Gravedad de la infracción de la constitución.**

Los actos que violenten el derecho de la constitución están viciados de nulidad absoluta, e incluso se puede decir que son inexistentes. La violación de los principios, normas o valores constituye la infracción más grave que puede existir.

#### **1.2.3.- Violación de la Constitución no es convalidable.**

Los actos violatorios del ordenamiento constitucional, por estar viciados de nulidad absoluta, no pueden ser convalidados ni subsanados retroactivamente, una vez constatada la respectiva violación, el acto lesivo se anula del ordenamiento.

#### **1.2.4.- Imprescriptibilidad para impugnación de actos lesivos de la constitución.**

En virtud de que los actos lesivos de la Constitución, especialmente aquellos que infringen derechos fundamentales, no pueden ser convalidados por estar viciados de nulidad absoluta, el derecho para solicitar su nulidad no

prescribe ni caduca mientras la lesión no se haya reparado extrajudicialmente.

#### **1.2.5.- Principios pro hombre y por libertatis en la interpretación de los derechos.**

La aplicación de tales principios<sup>(630)</sup> en los procesos constitucionales en que se ventile la violación o amenaza de derechos fundamentales constituye un condicionamiento importante para los Tribunales Constitucionales y, por ende, para el derecho constitucional.

#### **1.2.6.- Principio de la aplicación de la norma más favorable al recurrente en la jurisdicción constitucional de la libertad.**

En materia de derechos fundamentales se debe aplicar la norma más favorable al recurrente. Los Tribunales Constitucionales y demás órganos jurisdiccionales deben aplicar la norma que consagra el derecho fundamental violado que mejor protege los intereses del recurrente.

---

<sup>630</sup> Hesse, Konrad. Ob.. Significado..cit.... pág 46. Comenta el autor que la relación entre las garantías y las limitaciones constitucionales de la libertad se determina en base a una presunción de partida en favor de la libertad ( indubio por libertati), no siendo por ello posible contemplar en esta presunción un principio de interpretación constitucional.

### **1.2.7.- Principios de informalidad, celeridad y gratuita de los procesos constitucionales.**

Una de las principales finalidades de la jurisdicción constitucional es la de lograr una efectiva tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y para ello es necesario que los procesos constitucionales se fundamenten en los principios de informalidad, celeridad y gratuidad.

El principio de informalidad postula la necesidad de que los procesos constitucionales estén exentos, en la medida de lo posible, de formalismos innecesarios. Refiriéndose a la legislación española, el profesor MONTORO PUERTO dice que la escasa regulación procesal directa conduce a que el Tribunal haya proclamado, en forma constante, que los procesos que en su sede se desarrollan, son procesos de formalismo atenuado<sup>(631)</sup>. El principio de celeridad, por su parte, establece que procesos constitucionales deben resolverse en plazos breves y no deben existir trámites innecesarios que hagan más duradero el proceso. Una vez que la intervención de los tribunales ha sido requerida, éstos deben actuar de oficio y con la mayor celeridad posible, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el proceso.

---

<sup>631</sup> Montoro Puerto, Miguel. Ob.. Jurisdicción Constitucional y Proceso cit... .. Pág 167.

### **1.2.8.- Principio de nulidad.**

El principio rector en la materia es el de la conservación del acto jurisdiccional, el cual se presume válido y legítimo, salvo que esté viciado de nulidad absoluta y sea por tanto insubsanable. Por consiguiente las nulidades procesales, dentro de la jurisdicción constitucional, sólo pueden declararse cuando impliquen una clara indefensión de las partes.

### **1.2.9.- Principio de conservación de la norma.**

Este principio establece la presunción de constitucionalidad en favor de la norma por el hecho de proceder de un poder público. En el ordenamiento español, este principio aparece consagrado en los art 30 y 64.2 de la LOTC<sup>(632)</sup>.

### **1.2.10.-Principio de la cosa juzgada.**

Uno de los institutos que no pueden pasar en forma automática del derecho procesal general al derecho procesal constitucional, es la cosa juzgada.

La cosa juzgada no es una cuestión exclusivamente procesal, sino que además involucra un problema de Derecho Constitucional material, en virtud de que se pone en juego el valor de las sentencias de los Tribunales

---

<sup>632</sup> Pibernat Domenech. *La sentencia constitucional como fuente del derecho.* R.D.P No 24. 1987. Pág 60

Constitucionales y, en consecuencia, se afecta el equilibrio con los demás órganos del Estado<sup>(633)</sup>.

BOCANEGRA SIERRA, al tratar el tema, nos dice que determinar cuál es la eficacia de la cosa juzgada en los procesos constitucionales, coloca al mismo en el ámbito del derecho constitucional material, dado que debe decirse qué valores son los prioritarios, si la protección a ultranza de la seguridad jurídica o la apertura a una constante posibilidad de revisión, de cuestiones ya decididas, y ser, por tanto, protegidos por el juego de las sentencias constitucionales<sup>(634)</sup>.

GONZÁLEZ PÉREZ dice que, con el objeto de llegar a una determinación más satisfactoria de los límites auténticos de la cosa juzgada, se debe distinguir dentro del fallo a que se atribuye tal eficacia, tres elementos fundamentales., los sujetos, el objeto y la actividad en que el pronunciamiento consiste. En cada de una de estas direcciones se deben buscar los distintos límites, subjetivos, objetivos y en cuanto a su actividad.

Trasladando estos conceptos a los procesos constitucionales, el mismo autor dice que dada la amplitud de los efectos que se le reconocen a la sentencia en el proceso constitucional, el principio de la cosa juzgada sólo se aplicará a los supuestos en que la sentencia se limite a la estimación

---

<sup>633</sup> Pibernat Domenech, Xavier. Ob...La sentencia cit...pág 68.

<sup>634</sup> Bocanegra, Sierra. Raúl. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Editorial I.E.A.L. Madrid. 1982. Pág 84



subjetiva de un derecho. En los demás tendrá eficacia erga omnes y por tanto no existirán límites subjetivos a la eficacia del proceso. Y para fijar los límites objetivos, pues, hay que atender, además de la pretensión, a las cuestiones planteadas y resueltas de oficio por el Tribunal en la sentencia dictada sobre el fondo<sup>(635)</sup>.

Quiere ello decir, que la cosa juzgada tiene una doble función, una negativa que se fundamenta en la paz y la seguridad, al no permitir a los poderes públicos como a los ciudadanos a plantear una cuestión sobre el mismo objeto material y una función positiva en el sentido de impedir que un nuevo proceso se decida de un modo diferente.

En los procesos constitucionales, los efectos de la cosa juzgada afectan tanto al recurrente, a los coadyuvantes, a las demás partes si las hubiera, como a la administración recurrida, y demás órganos estatales<sup>(636)</sup>.

En cuanto a su función positiva, la cosa juzgada obliga a los órganos y entes estatales al cumplimiento de lo allí decidido. En consecuencia, el Estado tiene prohibición absoluta para reproducir total o parcialmente los actos por medio de la misma administración recurrida. Cuando se trata de la anulación de leyes, el órgano parlamentario queda inhibido para dictar

---

<sup>635</sup> González Pérez, Jesús. ob..cit...pág 220 y sgts.

<sup>636</sup> Pibernat Domenech. Ob... La sentencia constitucional...cit...pág 69.

nuevas disposiciones con un contenido igual al de las normas declaradas inconstitucionales.

ALMAGRO NOSETE, dice que "la cosa juzgada que dimana de las sentencias constitucionales produce efectos generales, los cuales tienen como consecuencia la vinculación a todos los poderes públicos, no sólo en cuanto a la prestación y ejecución de las medidas que adopte el Tribunal respecto del cumplimiento, sino también en cuanto que las conductas jurídicas imputables a estos poderes deben ser conforme con la solución dada al caso resuelto..."<sup>(637)</sup>.

Otro punto sobre el que existe divergencia en el derecho comparado, divergencia acerca de si sólo el por tanto en las sentencias constitucionales esta cubierto por la cosa juzgada o si su autoridad se extiende también a los considerandos. En Italia, la doctrina sostiene que la misma solamente cobija a la parte dispositiva, a diferencia de los alemanes que consideran que la ratio decidendi, de los Tribunales Constitucionales son también vinculantes, especialmente aquellas que han sido importantes para la resolución del conflicto<sup>(638)</sup>.

---

<sup>637</sup> Almagro Nosete, José. *Justicia Constitucional. (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*. Editorial Tirant Le Blanch . Valencia. II Edición. 1989. Pág 244.

<sup>638</sup> Pizzorusso, Alessandro. Ob.... Las Sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional....cit....pág 275. Por su parte Canosa Usera. Ob. Interpretación...cit....pág 47 sostiene que solamente el fallo está revestido de esa autoridad de cosa juzgada, aunque insiste en la interpretación sistemática que se puede realizar de esas dos partes de la sentencia, dada la trascendencia que algunas

Para lo anterior se ha tomado como razonamiento manifestar que la función de los Tribunales Constitucionales es la interpretación de los principios de la Constitución, en relación con la cual, el conflicto, en concreto, es solamente el motivo, el medio que lo hace posible, y como dice BOCANEGRA SIERRA, frente a cuya correcta interpretación y a su futura utilización uniforme por todos los órganos constitucionales, el concreto conflicto planteado posee sin duda una menor significación, lo que en todo caso obliga a concluir el reconocimiento de una vinculación de todos los órganos del Estado a las decisiones constitucionales mayor, que el mero pronunciamiento del fallo<sup>(639)</sup>.

Incluso la doctrina alemana ha llegado a ser en este sentido mucho más concreta, autores como STERN, dicen que la vinculación no se extiende a todos los considerandos, sino tan sólo a aquella parte del fallo que soporta la decisión, sea aquella parte de la sentencia que no podría ser cambiada mediante deducción del Tribunal, sin que el resultado, que está formulado en el fallo, cambie. En conclusión, dice STERN que, llevando las cosas al extremo que si lo importante en una sentencia es el fallo, en la jurisdicción constitucional lo importante es la motivación<sup>(640)</sup>.

---

fundamentaciones conllevan para la aplicación misma de la norma nacida de la sentencia.

<sup>639</sup> Bocanegra Sierra. Ob.. El valor.cit.. pág 61

<sup>640</sup> Stern, Klaus. Ob.. Derecho de Estado.....cit... pág 372.

Por último, es importante conocer por cuánto tiempo son vinculantes las sentencias dictadas en los procesos constitucionales.

En los procesos constitucionales es necesario que los Tribunales mantengan la posibilidad de variar sus decisiones en casos similares en el futuro, tal y como ha sucedido en múltiples ocasiones. E incluso, que se mantenga la posibilidad de anular sentencias desistimatorias cuando, por errores evidentes, se haya dejado de amparar la violación de un derecho fundamental<sup>(641)</sup>.

En cuanto a los límites temporales de la eficacia de la cosa juzgada de las sentencias dictadas en los diferentes procesos constitucionales, la misma queda insubsistente si se da un cambio en la situación fáctica inicial, ya sea en la relaciones de la vida o en la opinión jurídica en general. Aquí estaría el Tribunal autorizado por desconocer la eficacia de la cosa juzgada anterior y resolver mediante un nuevo fallo la cuestión de un modo diferente.

---

<sup>641</sup> Bocanegra Sierra. Ob.. El valor .cit.. pág 279. Dice el autor refiriéndose a los procedimientos en los que se enjuicia la constitucionalidad de las leyes, que los efectos generales o fuerza de ley de las sentencias dictadas en estos procedimientos se limitan a aquellas que declaran la nulidad de las leyes o de normas con fuerza de ley, cuya decisión no puede volver a ser cuestionada por cuanto la ley desaparece del mundo jurídico con efectos ex tunc. Al contrario de las sentencias que afirman la conformidad con la constitución, pues en virtud de sus efectos de cosa juzgada, vinculan a los sujetos y órganos que pudieron intervenir en el proceso, pero no a los que no tuvieron ocasión de hacerlo. No vinculan a los particulares que no comparecieron en el primer proceso, por lo que éstos podrán, en todo caso, interponer recursos de amparo o suscitar cuestiones de inconstitucionalidad frente a las leyes confirmadas. Con esto se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y se otorga por consiguiente al Tribunal Constitucional, la posibilidad de revisar constantemente la constitucionalidad de las leyes, una de sus funciones primordiales.

## **II.- Los Sujetos del proceso Constitucional.-**

Dentro del proceso constitucional intervienen una serie de sujetos, el primero de ellos el órgano jurisdiccional, a quién se confiere el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de derecho Constitucional y las partes.

### **2.1. El Tribunal Constitucional.**

Anteriormente hemos dicho, que la expansión de la justicia constitucional es uno de los fenómenos jurídicos más importantes de los últimos años.

En un sentido propio y restringido, la justicia constitucional comprende el ejercicio jurisdiccional de funciones delimitadas por el objeto de Derecho Constitucional sobre el que versan sus decisiones. No es importa tanto, dice el profesor ALMAGRO NOSETE, que los órganos jurisdiccionales estén encuadrados en el régimen general de la jurisdicción ordinaria o se constituyan como jurisdicción especial de carácter mixto por la procedencia de los miembros que la componen., lo primordial es que sean independientes, última razón de ser de la jurisdicción<sup>(642)</sup>.

Por otra parte, es sumamente conocido que existen dos modelos de Jurisdicción Constitucional, el Sistema Americano y el Sistema Europeo. Las características principales de los mismos ya las hemos comentado

---

<sup>642</sup> Almagro Nosete, José. Ob... Justicia Constitucional *cit...* Pág 29.

anteriormente. Sin embargo, sin ser reiterativo sobre el mismo punto, se debe manifestar que el primer sistema se caracteriza por existir una constitucionalización de la labor judicial. Cualquier instancia judicial puede realizar, en virtud de un juicio concreto, un proceso de constitucionalidad sobre la ley o norma que sirve para dictar la resolución de fondo<sup>(643)</sup>.

El sistema europeo o de jurisdicción concentrada se caracteriza por no insertar en la jurisdicción ordinaria la función de declarar la inconstitucionalidad <sup>(644)</sup>. Otra de sus características principales es que actúa en juicios cuyo objeto lo constituye la declaración de inconstitucionalidad de la ley, independientemente de las circunstancias concretas de los casos de aplicación, y en segundo lugar, los efectos de la sentencia anulatoria son generales y equivalen a una derogación de la ley.

También es típico de la jurisdicción concentrada la vía de acción, significa esto que con carácter principal se puede plantear un proceso que verse exclusivamente, o cuyo objeto sea únicamente la anulación con efectos generales de una norma inconstitucional. En cuanto a la legitimación para interponer la inconstitucionalidad, el sistema de jurisdicción concentrada

---

<sup>643</sup> Canosa Usera, Raúl. ob...Legitimación Autonómica.cit.,pág 23. En el sistema americano las cuestiones de inconstitucionalidad no dan lugar a procesos constitucionales específicos o autónomos, sino a cuestiones incidentales planteadas en procesos principales que versan sobre litigios concretos. Pueden ser planteadas en toda clase de procesos, civiles o penales, e incluso en remedios extraordinarios verbigracia el Hábeas Corpus.

<sup>644</sup> Favoreu, Louis. Ob... Los Tribunales Constitucionales cit...pág 14.

opta por otorgarle la misma a cierto órganos públicos, estatales o autonómicos -en el caso de España- excluyendo de tal derecho a los ciudadanos. Se inclina por una legitimación de carácter institucional<sup>(645)</sup>.

En España, dentro de las garantías que establece la Constitución está el Tribunal Constitucional, dice PÉREZ GORDO no tendrían ningún valor las otras garantías constitucionales si no existiera el Tribunal Constitucional<sup>(646)</sup>.

Este Tribunal es el guardián y encargado de hacer cumplir la Constitución. Es una garantía que está proyectada en tres campos, político, jurídico y judicial. En el primero, porque contribuye con sus relaciones a resolver los conflictos que se puedan producir entre los órganos y el gobierno, dictaminando previamente los Tratados Internacionales y suspendiendo los actos y resoluciones de las Comunidades Autónomas. En el plano jurídico manteniendo la supremacía de la Constitución, ya sea a través del recurso de inconstitucionalidad o protegiendo la graduación jerárquica del ordenamiento jurídico constitucional. Y por último, en el plano judicial, velando a través del recurso de amparo contra las posibles transgresiones a los derechos fundamentales que reconoce la misma constitución<sup>(647)</sup>.

---

<sup>645</sup> García Martínez. Ob. El recurso cit..pág 148.

<sup>646</sup> Pérez Gordo, Alfonso. *El Tribunal Constitucional, Organización, funcionamiento y atribuciones*. Rev. La Ley, No 1. 1983. Pág 1167. Vid también su obra *El Tribunal Constitucional y sus funciones*. Bosch. Barcelona. 1983.

Los Tribunales constitucionales tienen una serie de características comunes que permiten identificarlos, sin embargo en cada país, los mismos tienen particularidades que corresponden al medio institucional y sociológico en el que se insertan.

Estas características a las que se le puede llamar generales, a grosso modo suelen tener un contexto institucional y jurídico particular, un estatuto que define su organización, funcionamiento y atribuciones. También manejan el monopolio de lo contencioso constitucional ya que concentran totalmente el manejo de la Justicia Constitucional, fuera del orden jurisdiccional. Sus miembros no son magistrados de carrera y por último la institución del Tribunal Constitucional es una verdadera jurisdicción, esto quiere decir que gozan de independencia y sus declaraciones constituyen, en la mayoría de los procesos, cosa juzgada. Y por último su característica principal y fundamental es que tienen el control de la constitucionalidad de las leyes<sup>(648)</sup>.

---

<sup>647</sup> González Rivas, Juan José. *La Justicia Constitucional. Los Tribunales Constitucionales en Europa Occidental*. AA.VV. El Tribunal Constitucional. I.E.F. 1981. Vol II. Pág 1268. Además del mismo autor Cfr. *La Justicia Constitucional. Derecho Comparado y Español*. Edersa. Madrid. 1985.

<sup>648</sup> Favoreu, Louis. Ob. Tribunal Constitucional cit..pág 38. Dice este autor que las funciones del Tribunal para lograr su justificación y legitimación deben ser generales, condición indispensable para el fomento de la protección de los derechos fundamentales, que es la función primaria de estos Tribunales.



## **2.2-Tribunal Constitucional Español.**

### **2.2.1.- Antecedentes.**

En España el antecedente, fue la Constitución del 9 de diciembre de 1931, la que en el art 121 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, con jurisdicción en todo el territorio y establecía una separación de la justicia de los demás apartados de la Constitución. Su vida fue corta, pero la realidad constitucional abrió el camino a la Constitución de 1978, señalándole el de la jurisdicción concentrada<sup>(649)</sup>.

La Constitución Española del 27 de Diciembre de 1978 configura el Tribunal Constitucional en el Título IX, dedicado exclusivamente a esta institución. Y para un estudio detallado del mismo se deben tomar en cuenta la Constitución, su Ley Orgánica número 2/79 del día 5 de octubre y el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal aprobado por acuerdo del mismo Tribunal el 5 de Julio de 1990, que deroga el anterior de Marzo de 1981. Además su ley orgánica ha sufrido importantes reformas en virtud de leyes orgánicas 8/1994 de 26 de Diciembre; 4/1985 de 7 de junio y 6/1988 del 9 de Junio.

---

<sup>649</sup> Rubio Llórente, Francisco. *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional*. R.D.P. No 16. 1982-1983. Pág 38.

### 2.2.2.- Características.

Dentro de sus características principales se encuentran el estar encuadrado dentro del poder judicial, teniendo como límite de competencia el que la constitución asigna a los Tribunales Ordinarios. Es independiente tanto en cuanto como institución como en cuanto a sus miembros. Su condicionamiento se encuentra en la Constitución y en su propia Ley Orgánica <sup>(650)</sup>.

Las resoluciones, aparte otras, que deciden de manera definitiva los distintos procesos, son sentencias adornadas de la condición de cosa juzgada, no pudiendo plantearse contra ellas recurso alguno. Y los efectos de sus sentencias son los de ostentar efectos "erga omnes" y "fuerza vinculante" <sup>(651)</sup>. También se debe agregar que los procedimientos son procesos ajustados a normas de derecho y sus juicios son resultado de la aplicación del derecho, con lo que las notas que en ocasiones le califica de político son inexactas, siendo por lo tanto un Tribunal y órgano jurisdiccional. Sin embargo la implicación política no se le puede negar por cuanto somete a examen la obra del mismo legislador <sup>(652)</sup>.

---

<sup>650</sup> González Pérez..Ob. Derecho Procesal .cit...pág 87. Vid también Montoro Puerto...ob...La Jurisdicción Constitucional...cit..pág 63

<sup>651</sup> Bocanegra Sierra,R. Ob.. El valor de las sentencias del Tribunal cit...pág 82.

<sup>652</sup> Lucas Verdú, Pablo. Ob... Política y Justicia constitucionales.Consideraciones sobre cit...pág 1530. Vid también Martínez Sospedra, M. Ob... El Tribunal Constitucional cit...pág 1975.

En materia de garantías constitucionales, es órgano jurisdiccional superior, pero a pesar de ello tiene su marco plenamente configurado y aunque conozca aspectos relativos a las garantías constitucionales no le está facultado invadir la esfera propia de la jurisdicción ordinaria.

Cabe recordar aquí que la competencia en materia de derechos fundamentales es subsidiaria y opera solamente cuando la reparación de las lesiones sufridas por los ciudadanos en sus derechos fundamentales y libertades públicas no hayan obtenido reparación en los tribunales ordinarios<sup>(653)</sup>.

Por último, la pirámide de sus características se cierra señalando la condición de órgano jurisdiccional que tiene el monopolio de declarar la inconstitucionalidad del derecho y declarar en derecho cual sea la interpretación correcta de la Constitución, en virtud de lo que establece su Ley Orgánica. O sea que es el máximo intérprete, interpretación que vincula a todos los poderes públicos y señaladamente a los órganos judiciales. En virtud de esta característica se convierte en la pieza fundamental del ordenamiento Español<sup>(654)</sup>.

---

<sup>653</sup> Montoro Puerto. Ob.....La jurisdicción..cit..pág 65.

<sup>654</sup> Aragón Reyes, Manuel. *Comentarios al Título IX de la Constitución*. Comentarios a las leyes políticas. Editorial Edersa. Vol. XII. Madrid. 1988. Pág 11.

### 2.2.3.- Estructura.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional encuentra su fundamento en el art. 165 de la Constitución, que contiene no sólo reserva legal, sino además, en favor de la Ley Orgánica a la que le corresponde regular el funcionamiento del Tribunal, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo, así como las condiciones para el ejercicio de las acciones.

En cuanto a su estructura, hay que decir que la designación de sus miembros se distribuye entre todos los poderes, con un mayor porcentaje para las Cortes Generales. Lo componen un total de 12 miembros nombrados por el Rey, ocho a propuesta de las Cortes, dos por el Gobierno y dos por el Poder Judicial, Y los mismos, independientemente donde se les proponga, han de ser magistrados, fiscales, profesores universitarios, funcionarios públicos y abogados, siempre que sean juristas de reconocida competencia. Serán nombrados por un período de nueve años y no podrán ser reelectos, salvo que hubieran estado menos de tres años en el cargo<sup>(655)</sup>.

En cuanto al Presidente, es nombrado por el Rey a propuesta del mismo Tribunal, por un periodo de tres años, en votación secreta y requiriendo en la primera votación mayoría absoluta. Si no se lograra habrá una votación que decidirá por mayoría de votos. En caso de empate se efectuará un última votación, y en caso de repetirse será electo el de mayor

---

<sup>655</sup> Fernández Segado, Francisco. *Art 159 C.E.* Comentarios a la leyes Políticas. La Constitución. Editorial Edersa. Vol.XII. Pág 34. También Pérez Gordo. Ob. El Tribunal .cit...., pág 1170.

antigüedad en el cargo y si hubiese igualdad el de mayor edad. Igual procedimiento se establecerá para elegir un vicepresidente, quién estará también en su cargo tres años.

El Tribunal se divide en dos salas, la primera encabezada por el presidente y la segunda por el vicepresidente. Adopta las decisiones por mayoría de los miembros del pleno, sala o sección que participen en la deliberación. Por su composición par -la cual ha sido muy criticada- en caso de empate decide el presidente quién tiene el voto de calidad<sup>(656)</sup>.

La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible con todo mandato representativo, con los cargos políticos o administrativos, con el desempeño de funciones directivas en un partido político, con el ejercicio de la carrera judicial y fiscal y también le son aplicables la incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

Por último, los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato, sin perjuicio de los supuestos legales de cese.

---

<sup>656</sup> Fernández Segado, Francisco. Ob.. Art 159.cit...pág 52. En contra de la composición par Alzaga, González Pérez, Garrido Falla, Aragón Reyes, y Pérez Tremps entre otros. Fernández Segado dice que el número ideal hubiera sido quince para que el Tribunal se pudiera dividir en tres salas con un número de cinco cada una de ellas.

### **2.3.-Los otros sujetos del Proceso Constitucional.-**

El derecho de acceder a la jurisdicción está respaldado como un garantía constitucional; es un patrimonio incorporado a los derecho del hombre que no reconoce calidades especiales.

La defensa de los derechos e intereses individuales, sociales, colectivos y difusos tienen vías particulares que, al estar reguladas en las leyes procesales, requieren cumplimentar presupuestos de admisión y pertinencia.

Es evidente que para hablar de parte o de partes se necesita tener un interés contrapuesto, duplicidad de planteamientos o la misma controversia entre dos o más individuos. La idea de conflicto siempre subyace.

Pero la calidad de parte sólo se obtiene en el proceso, porque es un concepto puramente procesal . Así la LEC dice que el proceso jurisdiccional es un proceso de partes (arts. 481 y 486), e, inclusive, cualquier ordenamiento lo confirma, porque si una de ellas no estuviera, el Estado se ocuparía de generar figuras de representación que, gracias a las ficciones de las reglamentaciones técnicas, permiten encontrar la dualidad necesaria (principio de bilateralidad).

Partes procesales son los sujetos que pretenden el ejercicio de su respectivo derecho a tutela judicial a través de un proceso. Para GUASP son partes, aquella que formula y aquella frente a quién se formula una

pretensión<sup>(657)</sup>. Otro sector de la doctrina opina que no resulta necesario que haya controversia para que hayan partes, ni siquiera que haya diferencia entre intereses<sup>(658)</sup>.

En los procesos constitucionales, dice GONZÁLEZ PÉREZ, no aparecen siempre identificados los sujetos de derecho, en una posición de enfrentamiento, pero sí se da la contraposición de sujetos distintos en determinados supuestos. Pero esas posiciones enfrentadas en el proceso constitucional se pueden dar entre órganos del Estado como ente único o incluso entre los titulares de uno de los poderes y las Cortes.

---

<sup>657</sup> Guasp, Jaime. ob..La Pretensión...cit.pág 92. Por su parte Almagro Nosete. Ob..Justicia...cit.,, pág 207, dice que son partes los sujetos del proceso que pretenden la tutela jurisdiccional, concretada al objeto del mismo y aquéllos contra quién se reclama la referida tutela. El concepto de parte presupone la idea de intereses contrapuestos originadores de un conflicto. El concepto de parte, termina diciendo es meramente procesal. Vid. También del mismo autor y Saavedra Gallo, Pablo. *Lecciones de Derecho Procesal*. Tirant le Blanch. Valencia. 2 Edición. 1991. Pág 159. Opinan estos autores que en el proceso constitucional se deben hablar de partes, tanto en el sentido formal como material. En la primera concepción lo son porque asumen cargas, derechos y deberes de orden procesal parecido, con las limitaciones que están en función de la disponibilidad que el ordenamiento jurídico concede a los sujetos de determinadas relaciones jurídicas según su naturaleza. Y materiales en cuanto que su actuación siempre responde a la defensa de unos intereses que algunas veces son concretos, otras veces se actúa por representación, ya sea voluntaria o legal, o por último, intereses generales que, normalmente, se gestionan por una representación legal institucionalizada.

<sup>658</sup> Ramos Méndez. Ob.. Derecho Procesal....cit....pág 214. Opina el autor que “ la concepción del proceso como resolución de controversias es una imagen larvada que no condiciona el concepto de parte. Ésta lo es por el hecho de ser uno de los sujetos del proceso, independientemente de cuál sea el contenido de éste: la parte no se define por el objeto del proceso”.

En el proceso constitucional se confiere legitimación activa para deducir una pretensión a órganos y o titulares de los órganos del Estado frente a otros órganos del propio Estado, y se configuran como verdaderas partes procesales<sup>(659)</sup>.

Por otra su parte PÉREZ GORDO dice que, en el proceso constitucional el concepto de parte en todo su sentido-jurídico y procesal de la palabra necesita ser precisado partiendo de las notas que caracterizan al referido proceso. En el proceso constitucional los intereses contrapuestos aparecen muchas veces desdibujados, por eso autores como CAPPELLETTI han llegado a decir que es un proceso voluntario. PÉREZ GORDO, concluye que en el proceso constitucional existen partes procesales, eso sí, en algunos procesos con más intensidad que en otros, sin embargo, termina diciendo el autor, siempre se va a contemplar una persona pública o privada que pide, junto a otra también pública o privada sobre la que se pide una determinada pretensión<sup>(660)</sup>.

En conclusión, dice ALMAGRO NOSETE, que la adaptación de la noción de partes procesales al proceso constitucional no nos puede llevar a la idea

---

<sup>659</sup> González Pérez. Ob.. Derecho Procesal... .cit..pág 101.

<sup>660</sup> Pérez Gordo, Alfonso. *Las partes en el Proceso Constitucional*. Rev. La Ley. No 3. 1983. Pág 1179. Para este autor en el proceso constitucional se puede hablar de actores, demandados e incluso de coadyuvantes. Vid en contra Santaolaya López, Fernando. Ob.. La naturaleza del control cit...pág 129. Dice que en los procesos constitucionales están ausentes dos principios la existencia de una controversia o litis y el principio de dualidad de partes.



de un proceso constitucional sin partes. Y la exigencia de todo proceso de dualidad de partes o de posiciones, así como los principios de igualdad y contradicción, se cumplen perfectamente<sup>(661)</sup>.

### **2.3.1.- Clases de partes.**

A pesar, dice GONZÁLEZ PÉREZ, que solamente existe una clase de partes, en virtud de la eficacia con que un sujeto formula sus pretensiones y su manera de actuar, hace que se puedan distinguir varios tipos de partes.

Éstas pueden ser, parte directa e indirecta, principal o accesoria y simples o múltiples. Estos supuestos se pueden presentar en el proceso constitucional<sup>(662)</sup>.

En cuanto al primer tipo, será directa cuando los efectos recaen en la esfera jurídica propia, e indirecta cuando recaen en la esfera jurídica de otro.

---

<sup>661</sup> Almagro Nosete/ Saavedra Gallo.. Ob... Lecciones .cit..pág160. En lo referente al principio de dualidad de las partes es claro pues no se puede concebir un proceso sin dos partes. En el proceso constitucional está presente el principio de dualidad de partes no sólo en aquellos procesos donde aparecen nítidamente definidas las distintas posturas procesales concretadas en titularidades específicas ya sean de derechos o intereses, como en aquellos en los que no se ventila un interés de este tipo. También es necesaria la instrumentación para el descubrimiento de los hechos del proceso, sea el principio de contradicción y por último la igualdad, sea que ninguna de las partes sea superior, sin embargo en el proceso constitucional éste se quiebra y dependerá el mismo de la realidad política y otros factores, terminan diciendo los autores. Vid sobre los principios que rigen la posición de las partes a Ocaña Rodríguez, Antonio. Ob..Partes y terceros...ci...pág 11.

<sup>662</sup> González Pérez. Ob..Derecho Procesal..cit. pág 102

En este último supuesto se habla de dos partes, sin embargo es una sola parte que será distinta según se esté en el supuesto de representación o de sustitución. Refiriéndose a estos casos GONZÁLEZ PÉREZ dice que, en el primer caso será parte procesal únicamente por la que se actúa, osea el representado. Y en el otro caso será parte la que actúa en el proceso y no por la que se actúa<sup>(663)</sup>.

El segundo tipo, es según que la pretensión que se deduzca sea formulada en forma autónoma o subordinada a la pretensión que solicite otra persona. Es la principal y accesoria. La principal es la que esgrime la titularidad del interés y formula la pretensión, accesoria, la que se encuentra habilitada para invocar un interés coincidente con el derecho aducido por las partes principales. La doctrina dominante acepta al coadyuvante como parte accesoria<sup>(664)</sup>.

---

<sup>663</sup> González Pérez...ob. Derecho Procesal...cit..pág 103. Trasladando estas ideas al derecho español, dice el autor que los supuestos de sustitución no se dan por cuanto en los casos del Ministerio Fiscal y Defensor del Pueblo, al tener legitimación activa y directa, por ejemplo, para interponer el recurso de amparo, nunca pueden ser considerados partes indirecta que actúen en sustitución de otra que sea directa. Son tan directas como parte que sufre la lesión en sus derechos.

<sup>664</sup> Almagro Nosete, Justicia Constitucional..ob.cit..pág 531. Dice el comentando el art 81 de La LOTC, que la ley permite al coadyuvante en al proceso de amparo constitucional( art 47,1LOTC) y además la misma es extensible a los distintos procesos constitucionales. González Pérez dice que la coadyuvancia es aplicable al de inconstitucionalidad, pues las mismas razones que la justifican en el de amparo imperan en el de inconstitucionalidad...pág. 104. Vid también sobre coadyuvantes Montoro Puerto..ob...cit...Apuntes en torno a la legitimación...pág 1396.

Se ha justificado la figura del coadyuvante porque entraña la salvaguardia y protección de quienes puedan resultar afectados por la sentencia que se dicte y porque, mediante su intervención, se logra la mejor tutela del interés general que actúa en todo proceso, al dotar al órgano jurisdiccional de elementos de juicio más completos<sup>(665)</sup>.

Por último, partes simples, cuando la pretensión se mantiene por un sólo sujeto frente a otro sujeto y será múltiples en el caso contrario.

También existe otra clasificación vinculada con la legitimación. Entre parte en sentido material y parte en sentido procesal. Si se tiene en cuenta la tradición que existe de asimilar la pertenencia del derecho con la situación que en el juicio se ocupa, las partes pueden distinguirse entre parte material y parte en sentido procesal, según corresponda la titularidad del interés o la representación del mismo, respectivamente.

### **2.3.2.- Capacidad jurídica procesal**

DEVIS ECHANDIA establece cuatro condiciones para actuar válida y eficazmente en el proceso, cuales son la capacidad para ser parte, la

---

<sup>665</sup> Cascajo Castro/Gimeno Sendra. Ob.. El recurso cit...pág 124. El primero de los autores demonina al coadyuvante parte secundaria, lo cual implica que no puede delimitar el objeto del proceso que viene conformado por la pretensión y resistencia de las partes principales, ni realizar actos dispositivos que entrañen la alteración o extinción de la pretensión. Sí pueden realizar alegaciones de hecho y de derecho y suscitar todas aquellas posibilidades y cargas que contribuyan al éxito de la parte principal. Los efectos materiales de la cosa juzgada no concurre en los coadyuvantes, quienes tan solo poseen un interés legítimo, ya sea en la conservación de un acto o de una norma impugnada.

capacidad de actuar, la debida representación y la adecuada postulación. Éstas últimas son las condiciones necesarias para ser parte y actuar como tal en el proceso, iniciándolo o interviniendo en él e impulsándolo y ejecutando toda clase de actos procesales <sup>(666)</sup>.

Es importante sentar algunas bases sobre el concepto de capacidad, pues sobre dicho concepto existe un amplio y heterogéneo conjunto de conceptualizaciones teóricas y positivas. Frecuentemente esta palabra se confunde con otros términos como poder, facultad, compatibilidad, titularidad y legitimación, las cuales tienen un significado distinto al que corresponde a capacidad.

La palabra capacidad sirve para designar las fundamentales manifestaciones de la subjetividad. No obstante, dada la diversidad de planos en que operan las dos formas más generales de ser del sujeto en el mundo del derecho (capacidad jurídica y capacidad de actuar), no es posible establecer un concepto unitario que sirva para abrazar ambas figuras, pues la capacidad jurídica opera en el momento de la relevancia de la figura subjetiva, mientras que la capacidad de actuar se refiere más bien al momento de la eficacia <sup>(667)</sup>.

---

<sup>666</sup> Devis Echandía Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Editorial Aguilar. Madrid. 1966. 1 Edición. Pág 470.

<sup>667</sup> Silguero Estagnan, Joaquín. Ob... *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la* cit...pág 132. Define este autor la capacidad "como la aptitud para ser titular de los derechos y obligaciones que se derivan del proceso. E incluso que la misma encuentra su fundamento en el derecho a la tutela judicial, en

GONZÁLEZ PÉREZ explica que la capacidad es otro de los conceptos que el derecho procesal se limita a recoger y aplicar en su ámbito. Se trata de una cualidad de la persona, que se desdobra en dos grados conocidos, generalmente, con los nombres de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Al aplicarse al derecho procesal, la terminología cambia; se habla de capacidad para ser parte y capacidad procesal. La capacidad para ser parte es la proyección, en la esfera procesal, de la capacidad jurídica. Será, por tanto, la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones de carácter procesal. La capacidad procesal es la proyección de la capacidad de obrar. Será, por tanto, la actitud de realizar por sí actos procesales<sup>668</sup>).

La capacidad, en sus dos aspectos, es un requisito procesal. El primero de los requisitos procesales referentes a las partes. Por consiguiente, para que pueda ser examinada una pretensión en cuanto al fondo, es necesario que se deduzca con personas con capacidad para ser parte y capacidad procesal.

En el proceso constitucional la capacidad en primer lugar se presume, y luego se reconoce como vimos anteriormente, igual que la legitimación a ciertos órganos del Estado o a determinados titulares de esos órganos. Y en

---

virtud de que el derecho a ser parte no es más que una concreción del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales”. Vid en el mismo sentido a Ocaña Rodríguez...Ob... Partes y terceros cit...pág 13.

<sup>668</sup> González Pérez..Ob. Derecho Procesal... .cit...pág 105.

los supuestos de legitimación de personas naturales o jurídicas siempre se aplican las normas general del Derecho Procesal Civil.

### **2.3.2.1.- Capacidad para ser parte**

A juicio de DEVIS ECHANDIA, la capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídica material, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones, o capacidad jurídica en general. Agrega el mismo autor que corresponde a toda persona natural y jurídica, pero algunas no pueden concurrir por sí mismas, sino por medio de otras<sup>(669)</sup>.

La capacidad jurídica indica precisamente la posibilidad de ligar los efectos jurídicos que se resuelven en formas de comportamiento, necesario o imposible jurídicamente, a un sujeto. Se trata de una potencialidad genérica, referible a todos los efectos previstos por las normas del sistema. De lo anterior deriva el nexo existente entre la capacidad jurídica y la subjetividad. No es posible pensar en norma alguna que no haga referencia al sujeto de derecho. La capacidad jurídica, pues, expresa la más general

---

<sup>669</sup> Devis Echandía, Ob.Nociones..cit....pág 477. Nos dice este autor que la capacidad para ser parte se tiene siempre, pues corresponde a todo sujeto de derecho. En este sentido hablamos de capacidad jurídica. Con la expresión capacidad jurídica se quiere indicar la abstracta posibilidad de encontrarse en las situaciones previstas por la ley, en todas y en cada una de aquellas situaciones en el curso de la vida. Debido al carácter potencial de la capacidad jurídica se trata además de una cualidad abstracta y a priori que, por lo tanto, se distingue de la titularidad, para la existencia de la cual un hecho jurídico ha de haberse verificado y determinados efectos jurídicos han de haber surgido.

posición del sujeto en cuanto tal en el mundo del Derecho, no se apoya en particulares presupuestos, fuera de la existencia del sujeto como persona; no presupone ni siquiera una actividad del mismo<sup>(670)</sup>.

Queda por último agregar que en el derecho procesal constitucional se concede personificación a sujetos o a representantes de intereses que no tienen porqué estar constituidas como personas jurídicas y se pueden presentar conflictos de intereses entre órganos pertenecientes al Estado<sup>(671)</sup>.

Lo que sí está claro, es que en el proceso constitucional, la falta de capacidad para ser parte de alguno de los sujetos que intervienen, acarrea un defecto que no se puede subsanar, el cual es determinante ya no de la eficacia o ineficacia del proceso, sino de la inadmisión por inexistencia del mismo<sup>(672)</sup>.

#### **2.3.2.2.- Capacidad procesal**

Un sector de la doctrina define la capacidad procesal como “ la aptitud para realizar (como parte, como coadyuvante, como tercero

---

<sup>670</sup> Almagro Nosete, José. Ob. *Instituciones. De Derecho Procesal*.cit...Pág 274. Agrega el autor que en el derecho moderno se reconoce a todo ser humano la consideración de persona en un sentido jurídico. Pero también se reconoce esa calidad a entidades nacidas de la voluntad de un determinado grupo de personas llamadas jurídicas y a las cuales se les atribuye por el ordenamiento la capacidad jurídica.

<sup>671</sup> Almagro Nosete. Ob..*Instituciones*.....cit..pág 161.

<sup>672</sup> Pérez Gordo..Ob....*Las partes en el proceso*..cit...pág 1184.

interviniente etc) actos procesales con validez” Se corresponde con lo que se conoce como capacidad de obrar del derecho civil, aunque referida al proceso<sup>(673)</sup>.

La capacidad procesal configura la segunda condición para actuar válida y eficazmente en el proceso. Es también conocida como “*legitimatio ad processum*”. Esta legitimación en el proceso corresponde a la capacidad de actuar. La capacidad de actuar indica la existencia de una valoración de posibilidad de los comportamientos con los cuales se puede provocar el movimiento de los mecanismos jurídicos a través de los cuales, los intereses prácticos previstos por el Derecho, pueden obtener su realización<sup>(674)</sup>.

La capacidad de actuar tiene un carácter general y preliminar; se trata de una posibilidad general. Por lo tanto es anterior a las concretas posibilidades a través de las cuales se manifiesta, tales como la capacidad procesal. La capacidad de actuar tiene estrecho vínculo con la subjetividad, sin embargo, no se identifica con ella como sí ocurre con la capacidad

---

<sup>(673)</sup> Ocaña Rodríguez. Ob... Partes ...cit...pág 16.

<sup>(674)</sup> González Pérez...Ob..Derecho Procesal .cit....pág 106. Dice González Pérez que es también necesario cuestionarse si verdaderamente la capacidad es un presupuesto procesal, un hecho jurídico cuya perfección integra las condiciones para que se produzca el acto jurisdiccional o es más bien un pretexto para que se ponga en función un orden de intereses, o sea una tutela subjetiva y no la protección a un derecho fundamental que ha sido violado. La legitimación en el sentido de la titularidad jurídica del acto cuestionado. Estando el titular de la situación jurídica legitimado, mas faltándole capacidad jurídica, podría otra persona actuar perfectamente en protección de la situación jurídica de aquella persona que no es capaz.



jurídica. En las personas físicas se encuentra condicionada por el presupuesto de la capacidad cognoscitiva y volitiva y las personas jurídicas no tienen capacidad de actuar, sino capacidad de imputación de figuras jurídicas primarias.

En los procesos constitucionales ésta capacidad no presenta grandes connotaciones. En cuanto a las personas jurídicas de derecho público, en la legislación española, éstas deben observar en su comparecencia las respectivas leyes reguladoras y las normas con carácter general para todas las normas <sup>(675)</sup>.

En cuanto a las otras condiciones que señalaba al inicio DEVIS ECHANDÍA, se debe decir que la debida representación, es cuando las personas jurídicas actúan en el proceso a través de sus representantes. Las personas físicas actúan generalmente por sí mismas, no obstante, puede ser necesaria la concurrencia de un representante. Verbigracia la representación del menor, el tutor y el padre que ejerce la patria potestad. En ambos supuestos falta la voluntad humana que actúe como plataforma física de imputación de los actos jurídicos <sup>(676)</sup>.

---

<sup>675</sup> Así lo establece el art 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español. Por su parte Pérez Gordo dice que la capacidad procesal es exigible desde el mismo momento de comparecencia de las partes en el proceso, siendo por lo tanto un presupuesto imprescindible en la presencia del mismo, pero que, sin embargo, no es determinante de la existencia del proceso, solamente de la validez y eficacia de la actuación de las partes. Ob. Las partes...cit..pág 1185.

<sup>676</sup> Almagro Nosete..Ob Instituciones..Derecho Procesal...cit.. pág 281

Y por último, la adecuada postulación, significa que la ley suele exigir que, para comparecer en juicio, las personas capaces deben hacerlo por medio de abogado. Se trata de un caso de inhabilidad para comparecer, en juicio por sí mismo. En España la L.O.T.C. exige que las personas físicas o jurídicas, debidamente legitimadas para comparecer otorguen representación a un procurador y actúen bajo la dirección del letrado<sup>(677)</sup>.

Para que una persona pueda comparecer en un proceso y deducir pretensiones ante el órgano jurisdiccional, no basta que ostente capacidad y legitimación. Es necesario que pueda por sí comparecer en el proceso para pedir al órgano jurisdiccional la tutela de que necesite.

En la doctrina se conoce esa facultad con el nombre de poder de postulación y puede reconocerse: a.- Directamente a la parte, sin necesidad de estar representada ni defendida por técnico de Derecho. b.- A técnicos de derecho, con dos variantes; que se atribuya a personas distintas la función de representación y defensa (Procurador y Abogado) o que se atribuyan ambas personas a una misma persona. (Al abogado)<sup>(678)</sup>.

---

<sup>677</sup> Vid. Pérez Gordo....Las Partes.....ob..cit..pág 1195.

<sup>678</sup> González Pérez..Ob. Derecho Procesal .cit...pág 107.

### **2.3.3.-LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.**

Para GUASP, presupuesto es aquella circunstancia o conjunto de circunstancias que deben darse en un acto para que éste produzca todos y sólo los efectos a que normalmente va destinado.

Los presupuestos se dividen según su extensión y según su intensidad. En razón de su extensión, los presupuestos se refieren a todo proceso, a determinados actos o series de actos procesales, como también pueden referirse a un acto concreto del proceso.

Por su intensidad los presupuestos se refieren: A.- A la intensidad del acto que afectan, es decir a la determinación de si dicho acto puede y debe ser tenido en cuenta por aquel a quién va dirigido, prescindiendo de su idoneidad para obtener el fin al que se le destina, así, la firma de un escrito por el abogado, en los casos en que la ley no exceptúa de la necesidad de la defensa consultiva, es un presupuesto de admisibilidad. B.- A la fundamentación del acto condicionado, es decir, a la determinación de si dicho acto, supuesta su admisibilidad, es apto para producir la eficacia a la que tiende. Es necesario tener en cuenta los tres elementos en que se descompone todo acto, sujeto, objeto y modificación de la realidad o actividad estricta, con el objeto de establecer los presupuestos que la ley admite. Con este orden de ideas, enumera el autor los siguientes presupuestos: capacidad procesal, competencia, jurisdicción, legitimación, postulación, requisitos para ser testigo, perito etc.

En el proceso constitucional, como en todo proceso, para que el órgano jurisdiccional pueda entrar a examinar la cuestión de fondo que se plantea, es necesario que se den una serie de circunstancias que son los presupuestos procesales. La falta de alguno o algunos de los requisitos procesales determinará la inadmisibilidad de la pretensión, lo que supone no entrar en la cuestión de fondo <sup>(679)</sup>.

En España es a través del art 50 de la L.O.T.C en el trámite de admisión inicial de la demanda, donde se verifica si se dan o no los presupuestos procesales.

### **III.- La legitimación del Ciudadano en los Procesos Constitucionales regulados en la Constitución Española y La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional**

Los ciudadanos carecen de un derecho a la jurisdicción constitucional de carácter general. No se establece en su favor una cláusula abstracta de justiciabilidad como ocurre con respecto a la jurisdicción ordinaria en el art 24 C.E.

Sí gozan de un derecho a la jurisdicción constitucional limitado en materia de violación de determinados derechos fundamentales que pueden

---

<sup>679</sup> Fernández Segado, Francisco. Ob... La Jurisdicción Constitucional en España, cit..., pág 1129.

ser amparados por el T.C. Y, también de un derecho de petición en la jurisdicción ordinaria para que introduzcan, si lo consideran oportuno, ante el T.C. la cuestión de inconstitucionalidad.

Como ya hemos visto, la legitimación, que en este orden establece la C.E., está concebida en términos amplios. Se extiende a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo.

En el caso de los intereses difusos por ejemplo, las posibilidades del ciudadano para acceder a la justicia constitucional se deben construir conforme a los distintos de legitimación y medios procesales que brinda la Constitución. Posibilidades que, debemos reconocer, son nulas en el recurso de inconstitucionalidad. Son casi nulas en la cuestión de inconstitucionalidad, ya que la actuación se limita a pedir al órgano judicial, en el proceso concreto, que promueva la consulta sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal aplicable ante el T.C.

En materia de amparo las posibilidades son amplias respecto de los derechos y libertades reconocidos en el art 14 de la C.E. y en la sección I, del Capítulo II del Título I.

En la jurisdicción constitucional se regulan principalmente dos tipos de procesos. El primero tiene como objeto las pretensiones de inconstitucionalidad, las cuales se dirigen a impugnar las leyes que son

contrarias a la constitución y otro cuyo objeto es el amparo de garantías individuales.

El ordenamiento español regula tres procesos constitucionales que integran básicamente la jurisdicción constitucional; el proceso de inconstitucionalidad, el proceso de amparo constitucional y el proceso referido a conflictos de competencia entre órganos constitucionales. (art 161 de la CE, y art 2 LOTC), pero también se atribuyen otras competencias que dan lugar a actuaciones de muy variada naturaleza<sup>(680)</sup>.

La protección de la norma fundamental que regula el proceso político y la vida colectiva de la comunidad, en España, se encuentra encomendada al Tribunal Constitucional, que se caracteriza por ser especial, único, actuar en vía de acción y su competencia se circunscribe al control de las garantías constitucionales. Por ello, dice CANO MATA, nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos, de los derechos que la Constitución les confiere, puede considerarse ajeno al Tribunal Constitucional, pero tampoco tiene como fin entrar a conocer motivos de simple legalidad<sup>(681)</sup>.

---

<sup>680</sup> Montoro Puerto, Miguel..Ob... Jurisdicción.....cit..pág 161. Refiriéndose a la legislación española dice este autor qe carece de ley procesal en sentido estricto, siendo imprescindible remitirse de forma exclusiva a los escasos preceptos de la Constitución y la LOTC. Así por ejemplo la brevedad de precepto lleva a incorporar en el art. 80 una cláusula de remisión en favor de la supletoriaddd de otras normas extrañas al ámbito específico de los procesos constitucionales.

<sup>681</sup> Cano Mata, Antonio. Ob...Los Ciudadanos y su posible intervención en el Recurso de Amparo y demás impugnaciones residenciadas en el Tribunal Constitucional. cit...pág 172. El Tribunal Constitucional, comenta el autor, no

### **3.1.- Los ciudadanos y el control de la constitucionalidad de las leyes.**

#### **3.1.1.--El Proceso de inconstitucionalidad.**

La legitimación tan restringida demuestra que las leyes no son objeto de impugnación por terceros en un recurso de inconstitucionalidad.

Cabe preguntarse ¿Pueden los ciudadanos comparecer como codemandados o coadyuvantes en un proceso de inconstitucionalidad? La respuesta es que no. En la intervención de terceros como codemandados, esta cualidad la atribuye el art 34 de la LOTC, al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y a los Órganos legislativos y ejecutivos de la Comunidad Autónoma, en el caso de que el objeto del recurso fuera una ley o disposición con fuerza de ley emitida por dicha Comunidad.

En el caso de apersonamiento de coadyuvantes, dice el profesor CANO MATA es dudoso que esta figura sea admisible en los recursos de

---

controla la infracción de la ley sino de la Constitución y este control de garantías lo ejecuta el Tribunal resolviendo recursos de inconstitucionalidad, declaraciones previas sobre los Tratados Internacionales, cuestiones de inconstitucionalidad, recursos de amparo, conflictos de competencia y la impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas previstas en el art 161.2 de la Constitución...Cfr también Favoreu, Louis. Ob...*Los Tribunales Constitucionales*. Cit...pág 114. Aragón Reyes, Manuel. *Comentario Art 161 C.E.* En comentarios a las leyes políticas. V. XII.Editorial Edersa. Madrid.1988. Pág 165.

inconstitucionalidad,<sup>(682)</sup> sin embargo hay otros autores como ALMAGRO NOSETE para quién toda persona puede comparecer en este proceso en calidad de coadyuvante, para ayudar a sustentar una tesis de cualquiera de las partes, eso sí como requisito debe acreditar un interés legítimo<sup>(683)</sup>.

Sin embargo, nos parece muy acertada la posición del profesor CANO MATA quién manifiesta que el ciudadano no tiene intervención alguna en esta clase de procesos, ni como actor, ni como demandado, ni como coadyuvante de alguna de las partes, ya que el fin del recurso y tampoco el procedimiento hacen posible su intervención, y por último el interés del recurso permite la suma de terceros<sup>(684)</sup>.

### **3.1.2- La Cuestión de Inconstitucionalidad.-**

En cuanto al punto que nos interesa, osea la intervención de las partes en la cuestión que tan en forma clara les afecta. GONZÁLEZ PÉREZ dice, que entre los grandes defectos que padece esta vía procesal, para

---

<sup>682</sup> Cano Mata. Ob. Los ciudadanos..cit...pág 174. Piensa el autor que es difícil por cuanto el procedimiento no está pensado para ello y tampoco la Ley hace mención alguna a su intervención. En igual sentido Montoro Puerto.Ob. La Jurisdicción...cit...pág 197

<sup>683</sup> Cfr. Almagro Nosete. José. Ob.. Justicia Constitucional..cit... Pág 208 y 531. Es criterio de este autor que es preciso probar una expectativa concreta, favorable o desfavorable que venga a permitir el coadyuvar ya sea en la defensa o anulación de la ley impugnada. Además es de la tesis que la vía legal que permite la coadyuvancia es el art 81 de la LOTC.

<sup>684</sup> Cano Mata..Ob. Los ciudadanos cit...pág 175.



reaccionar frente a la inconstitucionalidad, está la restricción en la legitimación para interponer la cuestión. Pues opina que la persona que tiene que verse obligada a soportar una ley inconstitucional, no tiene legitimación para plantearla, por que como ya se dijo anteriormente, sólo lo puede hacer el órgano judicial<sup>(685)</sup>.

De lo anterior se deduce que la intervención de las partes se reduce a instar la cuestión al Juez o Tribunal, de conformidad con el art 35 de LOTC, mediante un escrito hecho para tal fin o en cualquiera de los escritos que deban presentarse al Tribunal, y contestar la audiencia que otorgará el Tribunal antes de decidir el planteamiento de la cuestión. Sin embargo la resolución que se dicte no tiene recurso alguno, quedando como posibilidad a las partes el volver a intentarlo en otra oportunidad del juicio<sup>(686)</sup>.

### **3.1.3- Autocuestión de Inconstitucionalidad.-**

Por último, se debe mencionar la autocuestión de inconstitucionalidad que regula la LOTC, y que trata de aquellos casos en los que el mismo Tribunal Constitucional, conociendo un recurso de amparo, aprecie que la lesión de un derecho fundamental procede de una norma con fuerza de ley

---

<sup>685</sup> González Pérez, Jesús. *Comentario Art. 163 C.E.* Comentarios a las leyes políticas. T.XII.Editorial Edersa. Madrid. 1988. pág 255. y También Derecho Procesal Const. ob...cit..pág 261

<sup>686</sup> Cano Mata...ob..Los Ciudadanos y su .....pág 181.

contraria a la Constitución. El Tribunal en este supuesto, a la vez que resuelve el amparo, debe plantear la posible inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley.

La particularidad de este mecanismo es que, el órgano que promueve la cuestión es el mismo Tribunal Constitucional, y segundo, que en el proceso que surge la duda sobre la regularidad de la norma con fuerza de ley, se resuelve sin necesidad de que el Tribunal se pronuncie sobre la cuestión planteada<sup>(687)</sup>.

Anteriormente hemos visto que el T.C.E. ha interpretado en forma clara los preceptos constitucionales y de la Ley orgánica, impidiendo que en una forma directa o indirecta, alguien no comprendido en aquellos, pueda tener acceso a un recurso de inconstitucionalidad o a una cuestión de la misma naturaleza.

Sin embargo a través del art. 55.2 de LOTC, se permite una alegación de inconstitucionalidad a través de un proceso de naturaleza distinta y por sujetos que no están legitimados en principio. El Tribunal Constitucional interpretando de forma favorable el acceso a los problemas de constitucionalidad de las normas, ha dictado en este sentido sentencias emblemáticas entre la que se encuentra la No 41/81 del 18 de diciembre<sup>(688)</sup>.

---

<sup>687</sup> Montoro Puerto. Ob. Jurisdicción .cit..pág 284.

<sup>688</sup> En esta sentencia el Tribunal dijo.. “ Es verdad que el apartado 3 del art 41 de la LOTC dice que en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras

### **3.2.- Los ciudadanos y el conflicto negativo de competencia.**

En cuanto a los conflictos negativos que no prevé la ley, dice el profesor SÁNCHEZ MORÓN que su falta de regulación como derecho reaccional de las personas interesadas, puede producir situaciones de indefensión, cuando se trate de la actuación administrativa de las Cámaras o del Consejo del Poder Judicial por ejemplo<sup>(689)</sup>.

---

pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso. Sin embargo, es también cierto que en el apartado 2 de del art 55 se contempla el supuesto de estimación de un recurso de amparo por lesionar la ley aplicada derechos fundamentales o libertades públicas y en este caso permite que, elevándose al Pleno del Tribunal la cuestión, pueda decidirse sobre la inconstitucionalidad de la ley. Una interpretación racional de este precepto obliga a entender que la inconstitucionalidad de una ley lesiona derechos fundamentales y libertades públicas puede ser alegada por el recurrente del amparo. De este modo puede admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, aunque limitada a las leyes que lesionen o coarten los derechos o libertades reconocidos en los arts. 14 al 30 de la Constitución y a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos y siempre que sean inescindibles el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la ley.....También es importante un comentario hecho a esta sentencia por Borrajo Iniesta, Ignacio. Ob.. El Amparo frente a leyes cit...,pág 167. Quién llega a la conclusión de que en el derecho español existe el amparo frente a leyes, y que con la sentencia antes citada el Tribunal dejó claro que la Constitución prevalece sobre cualquier norma.

<sup>689</sup> Sánchez Morón.. Ob. La Legitimación .cit..pág 49. Sin embargo Cano Mata es de la opinión que en este caso puede operar la misma previsión para los conflictos negativos que oponen al Estado con una Comunidad Autónoma o de éstas entre sí, lo que vendría a suponer la aplicación de la comparación ante la falta de regulación legal, referida a la intervención de los ciudadanos en los conflictos que enfrentan a órganos constitucionales, del propio Estado.

### **3.3.- Recurso de Amparo Constitucional.**

El amparo tiene origen constitucional y es el proceso donde la intervención de los ciudadanos es absoluta, aunque con limitaciones a los derechos y libertades que establece la misma Constitución.

Ya se ha dicho que el recurso de amparo es el instrumento procesal más importante de defensa ante el Tribunal Constitucional de los derechos y libertades de los ciudadanos. En cuanto tal, cumple una doble misión, por una parte sirve como remedio último interno de protección de los derechos del ciudadano, por otra parte, tiene una función objetiva de la defensa de la constitucionalidad al servir de instrumento de interpretación de los derechos fundamentales <sup>(690)</sup>.

#### **3.3.1-Generalidades sobre el Recurso de Amparo Constitucional**

##### **3.3.1.1- Fundamento**

Todas las instituciones jurídicas encuentran su fundamento más allá de la mera voluntad del Estado manifestada a través del derecho positivo-objetivo, pues detrás de ella existe toda una fundamentación de carácter filosófico y social que el legislador ha alcanzado y estructurado normativamente pero que no puede atribuirse a su creación intelectual.

---

<sup>690</sup> Pérez Tremps, Pablo. Ob. Introducción cit...pág 126

Con relación al Amparo, la doctrina opina que es dable afirmar que nuestro medio de control, y en general cualquiera que propenda a la preservación de los derechos fundamentales del hombre, no encuentra su única justificación en un designio gracioso del legislador estimulado y guiado por los hechos o fenómenos históricos y sociales, sino que es la consecuencia natural y pragmática de las exigencias de la naturaleza irreductible del ser humano<sup>(691)</sup>

De esta forma el recurso de amparo encuentra su principal fundamento en el esfuerzo de todo ser humano por alcanzar determinados fines en busca de bienestar. Con ese objetivo encausa toda su vida y fija determinadas pautas que influyen en su conducta interna y comportamiento social. Dentro de estos fines encuentra la libertad humana como la posibilidad de desenvolverse plenamente, seleccionando sus propósitos y los medios para su ejecución sin impedimentos ni obstáculos.

Pero dado que el hombre es un ser social por excelencia, y en el seno de esta convivencia humana, surgen intereses colectivos, los cuales no pueden desvincularse de los individuales, se hace imperiosa la necesidad de un orden jurídico que esté por encima de la voluntad individual de los miembros de la sociedad y que garantice la vida en común por la supervivencia misma de la comunidad.

---

<sup>691</sup> Burgoa, Ignacio. *El juicio de Amparo*. México. Editorial Porrúa. S.A. 3 Edición. 1950 pág 26

Ese deseo por preservar valores como la libertad, el bien común y otros derechos inalienables inherentes a la naturaleza humana en los cuales radica la consecución de los fines últimos del hombre, fue lo que llevó a crear mecanismos jurídicos de protección como el recurso de amparo.

Además de su fundamentación filosófica, el amparo se basa en presupuestos del Derecho Público y de la legislación positivo-constitucional, pues al ser la constitución su principal objeto, al mismo tiempo que la fuente de su existencia, éste no puede evitar verse influenciado por los principios políticos y sociológicos que la informan, tales como el concepto de soberanía, autodeterminación, autolimitación, supremacía constitucional, autocontrol de la constitucionalidad, rigidez constitucional y otros.

#### **3.3.1.2.- Antecedentes históricos.**

El desarrollo del Amparo no ha sido uniforme, y en realidad es posible considerar que sus antecedentes se ubican en distintas épocas. Nuestro objetivo en este epígrafe es señalar someramente los antecedentes más importantes, iniciando con la referencia al derecho romano, pasando por los juicios Forales de Aragón, y terminando con los antecedentes ingleses y franceses.

##### **3.3.1.2.1.- En el Derecho Romano.**

En relación con el origen del amparo, encontramos que el hombre ha vivido en sociedad desde tiempos inmemoriales. A fin de poder vivir

pacíficamente, fue necesario para los grupos humanos el crear una autoridad, un jefe que los guiara. Inicialmente se otorgó este carácter al sujeto que tenía mayor fuerza física. Pero el grupo observó que, aunada a la condición de líder, se encontraba la condición de abusar del poder del que gozaba.

Entonces los gobernados buscaron mecanismos adecuados para evitar los actos que atentaban contra sus derechos. Entre los primeros mecanismos, antecedentes remotos del amparo, aparece la figura romana de la **Intercessio**, la cual consistía en un procedimiento protector de la persona frente a las arbitrariedades del poder público.

Un análisis minucioso de la misma permite distinguir en ella la existencia de los siguientes elementos, objeto o materia de la queja, parte agraviada, autoridad responsable, términos de interposición del juicio, casos de improcedencia, anulación del acto reclamado y, aun más, una figura superior a la suplencia de la queja deficiente<sup>(692)</sup>.

#### **3.3.1.2.2.- Los Procesos Forales de Aragón.**

El Justicia Mayor de Aragón es una figura que aparece en año 1265<sup>(693)</sup>. Esta institución corresponde a la figura del juez medio, es decir, un

---

<sup>692</sup> Arellano García, Carlos. *El juicio de Amparo*. México, Editorial Porrúa. 1 Edición. 1982. Pág 26. Dice “que por medio medio de ésta institución se permitía a un administrado quejoso acudir a una autoridad con el fin de que esta detuviera los efectos de un acto de otra autoridad que la afectara ”.

magistrado medio entre los nobles y el Rey, y posteriormente entre todas las gentes del Reino y el propio Rey.

La figura del Justicia alcanzó su auge entre los años de 1470 a 1510. Entre sus atributos estaban el gozar de inamovilidad, irrenunciabilidad e inviolabilidad. Sin embargo, se podía exigir responsabilidad al Justicia por sus acciones ante las Cortes y el Rey.

Los poderes del Justicia eran muy amplios, desde atribuciones que actualmente calificaríamos de constitucionales, hasta meramente políticas. Entre las constitucionales encontramos las consultas que altos funcionarios reales, incluso el Rey, habían de hacerle sobre posibles contrafueros en disposiciones. Estas consultas podían ser preventivas (consulta previa sobre la foralidad de actos políticos, judiciales o administrativos) o represivas (el Justicia también podía castigar a quienes impetraran y obtuvieran letras contra fuero y costumbre de Aragón) <sup>(694)</sup>.

---

<sup>693</sup> Fairén Guillén, Víctor. *Antecedentes Aragoneses de los juicios de Amparo*. México, Editorial UNAN. I Edición, 1971, pág 14. Vid del mismo autor *Los procesos Aragoneses*. En obra colectiva el Tribunal Constitucional. I.E.F. Vol II. Madrid. 1981. Pág 1031.

<sup>694</sup> Fairén Guillén, ob. Antecedentes.cit...pág 46. Dice el mismo autor “que el desafuero a cometer por actos de las autoridades -comenzando por la Real- estaba prevenido por la necesidad de que se consultase sobre su posibilidad, al poder del Justicia, que así, rebasaba los límites de lo judicial, tal como hoy lo concebimos, y estaba reprimido por él mismo por triple medio, que operando la corrección de la greuge o agravio; por el proceso de firma de derecho y por el de manifestación ”.



Estos procesos, por lo tanto, funcionaban como antecedentes del amparo de garantías individuales contra actos de autoridad. Eran el resultado de un agravio dirigido contra un sujeto en particular y por lo tanto resuelto en la Corte del Justicia. Cuando el agravio era de tipo general (contra la ley o libertad del Reino), lo conocían las Cortes. Sólo en ocasiones muy especiales, las Cortes conocían de agravios particulares.

La doctrina opina que, el agravio era un abuso de autoridad que violentaba el fuero y la reparación del agravio implicaba el reestablecer un derecho como forma de reconocer y ratificar la ley<sup>(695)</sup>.

El proceso de agravios podía darse contra el Rey, e incluso contra el Justicia. El legitimado pasivamente podía defenderse, pero no participar en la votación que determinaba si se le condenaba o se absolvía.

Existían también otros dos procedimientos especiales como la manifestación (antecedente del hábeas corpus<sup>(696)</sup>) y las firmas.

El procedimiento de las "Firmas de Derecho ", eran procesos cautelares con los que se obtenía una inmediata suspensión del acto, y podía dirigirse frente a cualquier autoridad: rey, juez o funcionario. Se presentaba ante el Justicia de Aragón, quien conocía y decidía La sentencia

---

<sup>695</sup> Fairén Guillén...Ob.. Antecedentes cit..pág 52

<sup>696</sup> Fairén Guillén, Víctor. *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*. Edersa. Madrid. 1983. T I. Pág 370.

del Justicia era irrevocable y podía anular, reformar o confirmar la sentencia judicial o el acto del funcionario. Dentro de las firmas habían dos tipos, la Firmas por “agravios temidos ” y las firmas por “agravios hechos”.Pero ambos tipos se dirigían contra actos singulares y no generales<sup>(697)</sup>.

El otro procedimiento, el de “manifestación de personas, consistía en la posibilidad que tenía el Justicia de Aragón de emitir un mandato dirigido a cualquier juez o autoridad, y en general a cualquier persona que retuviera a otra persona, para que se la entregasen. El proceso continuaba normalmente ante la autoridad correspondiente, pero estando el acusado bajo la custodia del Justicia que examinaría la sentencia dictada, y en caso de contrafuero de ésta, ponía en libertad al preso, o bien, si la sentencia era correcta le ponía a disposición de la autoridad para que la ejecutara.

Opina FAIRÉN GUILLÉN, que cuando el Justicia resolvía sobre los agravios, podía considerarse ese proceso como un antecedente del actual Amparo contra actos de autoridades que violentaban derechos de los individuos.Sin embargo, aparecen casos en que la sentencia operaba como control de constitucionalidad<sup>(698)</sup>.

---

<sup>697</sup> Fairén Guillén, V. *Los procesos constitucionales aragoneses. (Agravios, Firmas y Manifestación)*. en Tribunal Constitucional, Dirección General de los Contencioso del Estado. IEF. Madrid. 1981. Vol II. Pág 1035.

<sup>698</sup> Fairén Guillén. Ob. Antecedentes.cit...pág 63

Actualmente se discute si hubo una conexión entre los procesos Forales Aragoneses y la moderna institución del amparo. En primer lugar hay que dejar constancia de las profundas discrepancias existentes entre los estudiosos de esta cuestión.

En resumen podemos constatar las siguientes posiciones doctrinales. Un primer grupo que niega la existencia de cualquier conexión entre ambos mecanismos tutelares, afirma que los procesos aragoneses desaparecieron sin dejar huella alguna y el nuevo sistema constitucional español no se construyó en ningún momento por el mecanismo de la tradición <sup>(699)</sup>.

Una segunda posición, que cabría calificar de intermedia, es la asumida por el profesor GARCÍA RUIZ, quien manifiesta que después de los estudios del profesor FAIRÉN GUILLÉN se puede ver alguna conexión entre los instrumentos tutelares aragoneses y el moderno instituto del amparo, sin embargo piensa que es muy arriesgado establecer una conexión real entre dos instituciones tan distantes en todos los sentidos <sup>(700)</sup>.

---

<sup>699</sup> Castedo Alvarez, Fernando. *El Recurso de Amparo Constitucional*. En el Tribunal Constitucional. Dirección General de lo Contencioso del Estado. IEF. Madrid. 1981. Vol 1. pág 186-187.

<sup>700</sup> García Ruiz, José Luis. *El Recurso de Amparo en el Derecho Español*. Editora Nacional. Madrid. 1980. Pág 44 a 47. En esta misma posición se ubica Oliver Araujo, para quién el marco jurídico, político, económico y social eran tan diferentes que pretender la pervivencia de esa tradición es muy complicada. Oliver Araujo. Joan. Ob.. El Recurso de Amparo...cit...,pág 86.

Y un tercer grupo, entre los que se encuentran FAIRÉN GUILLÉN, sostiene que es posible encontrar una conexión real e indudable entre los procesos forales que existieron en el Reino de Aragón y el moderno recurso de Amparo constitucional<sup>(701)</sup>.

### **3.3.1.2.3.- Antecedentes ingleses del Amparo.**

A medida que los habitantes de Inglaterra cedían sus vindictas privadas a la llamada Paz del Rey, éste se vio obligado a ceder sus facultades a funcionarios, dando lugar a la Corte del Rey. De esta forma creció un gran respeto de los detentadores del poder público hacia la seguridad y propiedad personal de los hombres libres, quienes exigieron el respeto de sus prerrogativas<sup>(702)</sup>.

La Carta Magna, documento firmado por el Rey Juan Sin Tierra en el siglo XIII, reconoció los derechos de la Iglesia y los de los señores feudales, con una clara limitación del poder real. Esta carta fue confirmada en el año 1297 por Eduardo I.

Posteriormente las Previsiones de Oxford fueron agregadas a la Carta. Estas previsiones señalaban que doce hombres honrados proveerían

---

<sup>701</sup> Fairén Guillén..Ob.. Antecedentes...cit..pág 63. Sostiene este autor que los Diputados Mexicanos que asistieron a las Cortes de Cádiz oyeron los argumentaciones sobre la superioridad tuteladora de las instituciones aragonesas sobre el habeas corpus anglosajón y los implantaron en México bajo el nombre de recurso de amparo.

<sup>702</sup> Arellano García.Ob. El juicio ....cit..pág 43

las necesidades del rey y daban a sus resoluciones carácter obligatorio. Además, el monarca convocó a un Parlamento añadiendo al Gran Consejo dos caballeros por condado. Su autoridad era relativa únicamente a los impuestos, pero poco a poco despojó al rey de sus prerrogativas absolutas<sup>(703)</sup>.

En 1627, el Parlamento exigió del monarca la consolidación de los derechos contemplados en la Carta Magna, en el famoso "Petition of Rights". En el considerando quinto se incluía el instituto del Hábeas Corpus. Otra reducción de las prerrogativas reales se produjo con el Bill of Rights en 1688, en el cual se declararon los derechos y libertades del súbdito. Este documento fue complementado en 1689 mediante una ley de derechos individuales.

#### **3.3.1.2.4.- Antecedentes Franceses.**

El mejor antecedente del recurso de amparo lo encontramos en Francia en el siglo XVIII, cuando, como consecuencia de los abusos del poder del régimen absolutista-basado en el sistema teocrático que consideraba que la autoridad monárquica tenía su origen en la voluntad divina-, surgen una serie de pensadores como Voltaire, Montesquieu y otros que de una forma u otra proclamaban un abstencionismo estatal que permitiera a los individuos desarrollarse libremente en el ejercicio de sus derechos naturales sin injerencia directa del Estado.

---

<sup>703</sup> Arellano García. .Ob. El juicio..cit...pág 44-45

Estos ideales de corte individualista y liberal son implantados de manera súbita mediante la Revolución Francesa y son enunciados en la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que instituye la democracia como sistema de gobierno, cuyo fundamento radica en la idea de que el poder público lo constituye únicamente el pueblo o nación en el cual reside la soberanía.

Este cuerpo fundamental se convirtió en el Código Fundamental de Francia y como tal, todos los ciudadanos y autoridades gubernamentales le debían respeto y obediencia. No obstante, en la práctica, dichas disposiciones se vieron violentadas en múltiples ocasiones, no existiendo forma de prevenirlo ni sanción alguna contra ello.

Consciente del problema, un jurista y político francés, SIEYES, propuso la idea de crear un organismo que constituyera una garantía jurídica y política de los derechos establecidos en la declaración de 1789.

Éste sería un órgano de control de constitucionalidad que conocería de todo lo relacionado con atentados contra el orden jurídico establecido. Pese a la gran insistencia de SIEYES en que tal institución, a la que él llamo jurado constitucional, fuera establecido en la Constitución Francesa del año III, no fue sino hasta el siglo VIII con Napoleón I que se introdujo por primera vez bajo el nombre de Senado Conservador.

En la idea original de SIEYES, dicho jurado debía estar conformado por cien miembros seleccionados de entre los más notables ciudadanos, los cuales gozarían de inamovilidad y libres de toda presión que pudiera sobrevenirles. Deberían estar además espléndidamente retribuidos a fin de garantizar que se dedicarían únicamente a su función y evitar así la corrupción. No obstante, Napoleón I varió considerablemente este modelo y redujo el número de sus miembros, y finalmente terminó suprimiendo por completo el organismo para así ejercer ampliamente su dictadura.

Posterior a este modelo, vuelve a implantarse en Francia un modelo similar hasta el año 1852 con Napoleón III. En la Constitución Francesa de 1852 se otorgó al Senado una función examinadora de las leyes una vez dictadas y antes de entrar en vigor, a fin de determinar si eran o no constitucionales. Se trataba pues, de un control de constitucionalidad ejercido por un órgano político, pero fue justamente esta última característica la que influyó de gran manera en el fracaso de la institución, pues los senadores, al depender políticamente de Napoleón, no podían evitar ser manipulados por éste.

Años después se presentaron varios proyectos (como los de Benoist y Rocue), que propugnaban el establecimiento de órganos de esta naturaleza que velar por la protección del régimen constitucional, sin embargo éstos nunca se llevaron a la práctica, quizá por no ser lo suficientemente claros.

Para un sector de la doctrina, el verdadero antecedente del recurso de amparo lo encontramos en el sistema de control ideado por Sieyes, aún cuando específicamente ambos pertenezcan a regímenes de control distinto, coincidiendo sin embargo en su finalidad genérica, a saber, proteger un orden superior de derecho contra actos de las autoridades estatales que lo violen o pretendan violarlo <sup>(704)</sup>.

La conclusión es que, a pesar de que el verdadero antecedente sea el control ideado por Sieyes, su desarrollo no ha sido uniforme, en realidad es posible considerar que en distintas épocas y lugares se dieron figuras que podríamos calificar como sus antecedentes.

#### **3.3.1.2.5.- Historia del Amparo Español.**

El amparo español, de calada influencia mexicana, <sup>(705)</sup> tiene su antecedente inmediato en la Constitución de la II República de fecha 9 de diciembre de 1931, arts 105, 121,b) y 123; y en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 14 de junio de 1933, arts 44 a 53,

---

<sup>704</sup> Burgoa, Ignacio. Ob. El juicio de amparo.cit...pág 80.

<sup>705</sup> Fix Zamudio. Héctor. Ob.... El Derecho de Amparo. En México y España...cit...pág 227 Vid también Martín Sánchez Ascensión. *El juicio de Amparo Mexicano como antecedente del recurso de Amparo Español*. P.I. No especial VI, 1986, pág 329.



reformada el 10 de Julio y el 9 de setiembre de 1933, y en su Reglamento, arts 76 a 82 <sup>(706)</sup>.

En los arts 105 y 121b, de la Carta Fundamental se instó a la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales el cual conocía de la Acción de Amparo y de la de inconstitucionalidad de las leyes, cuando ésta hubiese sido eficaz ante otras autoridades. Se previó además, que la ley organizaría Tribunales de Urgencia que conocerían en primera instancia de los ataques contra las garantías individuales y derechos constitucionales <sup>(707)</sup>.

Sin embargo, dichos Tribunales de Urgencia nunca fueron creados, de ahí que, se atribuyera el conocimiento de estos mecanismos de tutela, tanto en primera como en última instancia, al Tribunal de Garantías Constitucionales, de acuerdo con lo previsto por la disposición transitoria segunda de la ley Orgánica del Tribunal de Garantías <sup>(708)</sup>.

La Ley del Tribunal de Garantías en su art 26, señalaba que el Amparo podía ser interpuesto una vez agotadas las instancias jerárquicas

---

<sup>706</sup> Fix Zamudio, Héctor. *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. México. Editorial UNAN. 1 Edición 1980. Pág 90

<sup>707</sup> Fernández Villaverde, Luis Friginal. *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento Español*. Editorial Montecorvo. Madrid. 1981. Pág 176. " El art 105 de la Ley Suprema establecía. " La Ley organizará los Tribunales de Urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales ".

<sup>708</sup> Ruiz Lapeña, Rosa María. *El Tribunal de Garantías en la II República*. Editorial Bosch. 1982 Pág 215.

ante las autoridades competentes y ante los Tribunales de Urgencia.( No creados).

El art 45 de la citada ley regulaba lo referente a la procedencia del Amparo en esta época. Según RUIZ LAPEÑA, los requisitos que se exigían se sintetizan en dos, a.- Que existiera acto concreto de autoridad gubernativa, judicial o de cualquier otro orden que, con respecto a un individuo determinado hubiese infringido alguno de los derechos fundamentales protegidos por este medio de impugnación. b.- Que no hubiese sido admitida o no hubiese sido resuelta la petición de amparo dentro del plazo legal por el Tribunal de Urgencia previsto por el art 105 de la Constitución, o que dicho Tribunal hubiese dictado resolución denegatoria <sup>(709)</sup>.

Hecho trascendental en la historia constitucional del amparo en las diferentes legislaciones, es la confusión que, respecto del Hábeas Corpus y del Amparo tenían los legisladores. A todo ello España no fue la excepción. En la Constitución de 1931 no se distinguía entre Amparo y Hábeas Corpus, instituto este último que no encontraba regulación constitucional. Es así como, en un principio, el Amparo protegía todos los derechos fundamentales, incluso la libertad física o corporal, objeto de protección, propiamente del Hábeas Corpus actual <sup>(710)</sup>.

---

<sup>709</sup> Ruiz Lapeña..Ob. El Tribunal..cit...pág 263. De estos requisitos se puede deducir claramente que el amparo sólo procedía contra actos de autoridades públicas, más no de particulares.

<sup>710</sup> Fix Zamudio.Ob Tribunales Constitucionales..cit..pág 127

En lo concerniente a la legitimación para recurrir en el antiguo amparo, no existía una clara delimitación de quienes estaban legitimados para promoverlo. El art 123 de la Constitución señalaba genéricamente quienes eran competentes para acudir ante el Tribunal de Garantías. En razón de que la norma constitucional era deficitaria, la Ley del Tribunal de Garantías introdujo un artículo que distribuía el sistema de legitimación de los sujetos enumerados en el precepto constitucional, en función de las distintas competencias atribuidas al Tribunal de Garantías.

El art 123 decía “que podían acudir al Tribunal las personas individuales o colectivas, en el recurso de amparo de garantías”. Norma que a su vez se conectaba con el art 47 que establecía que “podía promover recurso de amparo la persona que se considerase agraviada, o cualquier ciudadano o persona jurídica”. Ahora, si el actor no era el sujeto lesionado debía prestar la caución que la Sala acordaba <sup>(711)</sup>.

En cuanto al extranjero, gozaba de legitimación para recurrir, aunque limitada en cuanto a su objeto, a los derechos que le correspondían de acuerdo con la Constitución y los Tratados Internacionales. Y las personas jurídicas por su parte, disfrutaban de la misma legitimación que cualquier ciudadano no agraviado (ya que las garantías amparables eran solo las

---

<sup>711</sup> Oliver Araujo..Ob. El recurso de ..cit..pág 96. Dice el autor que “ la finalidad de este inciso era reducir el peligro, inherente a la acción popular, de una superutilización del recurso y por consiguiente una paralización del normal funcionamiento del Alto Tribunal por sobrecarga del trabajo ”.

individuales) y en consecuencia, el Tribunal les podía exigir la prestación de fianza.

Por último, existía legitimación para recurrir en amparo contra sanciones impuestas en virtud de la aplicación de la ley de orden público, aunque mucho más limitada y excluía el sistema de acción popular. El art 18 de la Ley del 28 de Julio de 1933, legitimaba al multado a reclamar ante el Tribunal de Garantías por la vía del recurso de amparo.

Con la guerra civil española y la supresión del sistema republicano, el ámbito de aplicación del amparo fue restringido al sistema sindical, de carácter corporativo y vertical, establecido por el régimen franquista<sup>(712)</sup>.

El Amparo se utilizaba para la impugnación de actos específicos de organismos gremiales, perdiendo su carácter de instrumento específico para la tutela de los derechos humanos <sup>(713)</sup>. De esta forma, el amparo debía interponerse ante los llamados Tribunales de Amparo de la Organización Sindical, según los decretos del 12 de febrero de 1944 y orden de 12 de Enero de 1948. Tribunales que según GONZÁLEZ PÉREZ, eran organismos sindicales, carentes de independencia judicial <sup>(714)</sup>.

---

<sup>712</sup> Ruiz Lapeña, Rosa. *El recurso de amparo durante la Segunda República Española. R.E.P.* No 7 1979. Pág 291.

<sup>713</sup> Oliver Araujo. Ob. El recurso de amparo...cit..pág 94.

<sup>714</sup> González Pérez, Jesús. Ob... Derecho Procesal Administrativo...cit...T III. Pág 277.

El amparo español quedó reducido a un amparo administrativo de carácter interno, protector de derechos económicos dentro de la organización sindical<sup>(715)</sup>.

### 3.3.2.- Concepto

Si bien es cierto que existen muchas definiciones del amparo realizadas por ilustres estudiosos de la materia de los diferentes países, hay que considerar que las mismas, dadas por la doctrina dependen, en mucho de la nacionalidad del autor, de las características del amparo en cada nación, y de la naturaleza jurídica que le asignen a la institución.

Tradicionalmente se ha definido el recurso de amparo como un medio jurisdiccional al cual pueden acudir todos los sujetos en búsqueda de protección a sus derechos y libertades fundamentales, en otras palabras, es un instrumento procesal específico para tutelar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución<sup>(716)</sup>.

---

<sup>715</sup> Figueruelo Burrieza, Angela. *El recurso de Amparo en el marco del ordenamiento jurídico español*. Ediciones de la Universidad de Salamanca. Salamanca. 1986, pág 13. Esta autora hace una crítica al antiguo amparo español y al respecto concluye “..que por no haberse llegado a crear los Tribunales de Urgencia que debían conocer en primera instancia del recurso y por haber sufrido una tremenda reducción el objeto del mismo en su desarrollo legislativo ordinario, el recurso de garantías individuales, aunque llegó a funcionar, no respondió a las ideas que en su origen se pudo tener de esta institución, ya que resultó prácticamente relegada a la resolución de recursos interpuestos frente a multas impuestas por motivos de orden público. De ahí que, sin restar importancia a una jurisprudencia creada “ ex novo”, en unas condiciones sociopolíticas nada propicias, sea preciso resaltar que el estudio del actual recurso de amparo se haya emprendido sin la ayuda que estos casos suelen prestar los precedentes históricos más inmediatos ”.

### 3.3.3.- Naturaleza Jurídica del recurso de Amparo.

Este es un punto en que reinan las discusiones y ambigüedades doctrinarias. La multiplicidad de doctrinas puede explicarse en razón de la evolución histórica del amparo, así como por la complejidad procesal del mismo.

Los primeros trabajos e iniciativas sobre el amparo preferían emplear el término recurso para referirse al instituto en cuestión. Algún autor expone que la explicación del éxito de la expresión recurso es fácil de detectar, consciente o subconscientemente, el amparo era visto como una proyección del recurso de hábeas corpus <sup>(717)</sup>.

---

<sup>716</sup> Sagües, Nestor Pedro. Ob... Derecho Procesal Constitucional. Cit...pág 60, defiende al amparo como acción. Y dice que “ la acción de amparo o de protección tiende a ser un instrumento ágil, expeditivo y eficaz para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales, ante la ausencia o falta de idoneidad de los otros remedios ya contemplados por el derecho positivo”. Fix Zamudio. Ob.. Tribunales....cit..pág 85, quien ha profundizado sobre dicho tema lo define como el instrumento por medio del cual se resuelven controversias de carácter constitucional entre los particulares y los órganos del Estado, por lo que se establece, aun en el amparo judicial, una relación jurídico-procesal de naturaleza autónoma y constitucional, todo lo cual determina la existencia de un proceso autónomo. En España Gimeno Sendra/Garberí Llobregat.Ob.. *Los procesos de Amparo* cit...149, definen al amparo “como un medio de impugnación extraordinario y subsidiario, que cabe interponer ante el Tribunal Constitucional, contra la última resolución judicial definitiva emanada del Poder Judicial por haber vulnerado dicha resolución algún derecho fundamental infringido y la adopción, en su caso, de las medidas apropiadas para su restablecimiento”.

<sup>717</sup> Sagües, Nestor Pedro. *Ley de Amparo Comentada, Anotada y concordada*. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1 edición. 1979. Pág 65. En una posición diferente se encuentra Fix Zamudio para quién el uso del término recurso se debe al resabio del derecho tradicional español, ya que desde la época del Rey Alfonso El Sabio, en la

Un sector de la doctrina argentina manifiesta que el amparo es un recurso que presupone un procedimiento anterior, en el cual ha recaído la resolución que se recurre <sup>(718)</sup>.

---

partida III, título XXIII, se utilizaba esta acepción... Cfr. Fix Zamudio. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. U.N.A.N. 1993. Pág 84.

<sup>718</sup> Bidart Campos, German. *Derecho de Amparo*. Ediar. S.A. Buenos Aires. 1961. Pág 22. Agrega posteriormente a su definición el autor Bidart Campos que esta vía sumaria abre sus puertas, en la mayoría de los casos, cuando se viole o transgreda un Derecho Constitucional, pero aclarando que éste no es requisito, "sine qua non", para la posibilidad de la vía ya que, dependiendo del caso específico, se hace necesario recurrir a la vía expedita del amparo, es decir, que dependiendo del derecho que se esté violando o de la manera en que éste se afecte, se va a abrir la vía del amparo, independientemente que el derecho que se quiere amparar emane de forma directa o indirecta de la Constitución. Vid también Pallares, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa. México. 1989. XIII Edición. T I. Pág 486. Dice el autor, que si bien el amparo es un medio de impugnación como en general lo son los recursos, considera que el amparo se distingue de éstos por los siguientes motivos. En primer lugar, mediante los recursos se revocan, modifican o confirman las resoluciones contra las cuales se interponen. No sucede lo mismo en el amparo por medio del cual no se confirman, ni se modifican, ni se revocan los actos reclamados. Únicamente se declara si son constitucionales o inconstitucionales y en caso afirmativo se anulan. En segundo lugar, los recursos abren una nueva instancia en la que el tribunal, que conoce de ella, examina una vez las cuestiones litigiosas planteadas originalmente al formularse la litis o que tenga relación directa con la misma. En el amparo el debate gira únicamente sobre su ilegalidad a través de las violaciones alegadas por el demandante. En tercer lugar, el amparo no revisa un acto lesivo en relación con la legalidad sino en relación con la constitucionalidad, estableciendo si el acto arbitrario da pie a una lesión constitucional, en cuarto lugar, el amparo no presupone un procedimiento anterior que dé origen a la resolución que se reclama, porque no decide sobre pretensiones originarias, sino que determina la existencia de la contravención contra la constitución, en quinto lugar el amparo no requiere una nueva instancia judicial entre las mismas partes, sino que la parte pasiva es distinta, pues el demandado es la autoridad pública o sujeto particular en situación de poder que llevó a cabo el acto lesivo, y por último, que se inicia intentando una acción para obtener la satisfacción de un derecho, mientras que el recurso se entabla sobre una resolución judicial para reclamar la revisión con el objeto de que se corrija la aplicación incorrecta de la ley, por estas razones se dice que el amparo no es un recurso aunque muchas legislaciones continúen llamándolo así.

También se utilizan otras denominaciones tales como las que vieron nacer el amparo como interdicto, como un instrumento dirigido especialmente a la tutela de los derechos del hombre, especialmente los relativos a la vida y a la libertad, y al fijar su atención en la tramitación sumaria, así como en los efectos restitutorios, le encontraron similitud con los interdictos.

Sin embargo, hay que decir que el interdicto significa reclamación en un procedimiento de situación intermedia, y se refiere a un hecho y tiene por objeto paralizar o evitar una actividad antijurídica o restablecer una situación. En cambio en el procedimiento de amparo se decide sobre una situación determinada y no intermedia, aparte de que el interdicto tiene un efecto provisional sujeto a una revisión posterior a través de un juicio plenario, en tanto que el amparo decide definitivamente sobre una situación planteada a través de una situación firme <sup>(719)</sup>.

Otra teoría considera que el amparo realiza una función política, e incluso hay algunos que llegan al extremo de verlo como una institución política. Para esta corriente, entre la que se ubica un sector de la doctrina mexicana, el concepto, la naturaleza, la estructura, la esencia misma del amparo es de carácter político y sólo exteriormente se asume un carácter jurídico, esto en cuanto debe tramitarse por un procedimiento judicial y plantearse ante órganos judiciales.

---

<sup>719</sup> Fix Zamudio. Ob. Los Tribunales....cit...pág 85



Pero a pesar de que no dejan de tener razón en algunos puntos, pues lo político reside en algunos de sus fines fundamentales -la culminación de una resolución que decide sobre la conformidad del acto o ley reclamados, con los principios fundamentales establecidos por la Constitución -su estructura y esencia es jurídica y más claramente procesal<sup>(720)</sup>.

Un importante sector de la doctrina ha considerado que el juicio de amparo constituye un proceso en el estricto sentido del vocablo, para estos autores el amparo es un verdadero juicio, un proceso autónomo en virtud de que, cuando se trate de la impugnación de resoluciones judiciales, se constituye una controversia independiente de la que se ha planteado ante la jurisdicción ordinaria.

Tampoco se presenta la revisión de fallo alguno, como ocurre normalmente con los recursos, y las partes de esta controversia constitucional son diversas de las que han intervenido en el proceso ordinario. Partidario de esta tesis es el profesor BURGOA. Sin embargo, se la crítica de fragmentaria pues, a pesar de que en todos los casos se presenta un problema de constitucionalidad, siempre existe un litigio de carácter ordinario. Por esta razón otros autores han variado la doctrina anterior y lo han estimado como un proceso de impugnación. Posición que es criticada por cuanto, utilizando las palabras de Canelutti, el vocablo impugnación es muy genérico. Igual crítica se le hace a otros autores que ven al amparo

---

<sup>720</sup> Fix Zamudio. Ob..Ensayos de Amparo. ...., pág 94

como un instrumento de control, en virtud de que la palabra control es demasiado amplia<sup>(721)</sup>.

La posición más aceptada es la que lo denomina como acción o juicio. En realidad, con la existencia de un derecho que gozar, se obtiene paralelamente la posibilidad de accionar para defenderlo de ataques de terceros.

Cuando se acciona se inicia un proceso, un juicio en que se dirimirá la contradicción existente. El amparo es un procedimiento sumario para proteger los derechos de la persona humana, ya que reúne las condiciones de independencia y celeridad necesarias para ser considerado como tal <sup>(722)</sup>.

Por último, otro sector de la doctrina principalmente mexicana, encuentran muchas semejanzas entre el amparo y el recurso de casación. Dicen que ambos poseen finalidades comunes, como son el control de la legalidad de los fallos judiciales y la unificación de la jurisprudencia.

También hay similitud en cuanto los dos instrumentos procesales configuran recursos extraordinarios de anulación y comprenden dos aspectos fundamentales en cuanto a los vicios que se pueden impugnar, a saber, los errores in iudicando y error in procedendo. Además son recursos que solamente pueden interponerse una vez que se hayan agotado los

---

<sup>721</sup> Fix Zamudio..Ob... Ensayos.....cit.....,pág 98.

<sup>722</sup> Sagüez, Nestor Pedro. Ob. Derecho Procesal....cit...., Pág 69.

recursos ordinarios, y son recursos que se reducen al examen de la cuestión de derecho, dejando el aspecto fáctico a los Tribunales Comunes <sup>(723)</sup>.

En España, el tema también presenta discusiones doctrinarias con respecto a la naturaleza jurídica de esta institución. La necesidad de agotar la vía judicial previa para poder dar lugar al recurso de amparo constitucional ha dado lugar a muchas discusiones sobre su verdadera naturaleza jurídica.

La polémica se ha centrado en saber si el proceso que se lleva ante el Tribunal Constitucional es un proceso autónomo distinto al que se ha llevado ante los Tribunales Ordinarios, en cuyo caso la palabra recurso sería inapropiada, o si por el contrario lo que hace el Tribunal Constitucional es revisar las actuaciones de los Tribunales Ordinarios siendo por consiguiente el recurso un verdadero medio de impugnación <sup>(724)</sup>.

Un primer grupo distingue entre un amparo ordinario y un amparo especial. El amparo especial constituye un recurso extraordinario en virtud del cual el Tribunal Constitucional viene a conocer en segunda y última instancia, de las infracciones a los derechos fundamentales cometidas por los poderes públicos, cuando las mismas no hayan sido restauradas mediante el denominado procedimiento preferente y sumario. En esta tesis se ubica al profesor ARAGÓN REYES. En contra de la misma ALMAGRO

---

<sup>723</sup> Fix Zamudio. Ob. Ensayos.....cit..pág 128.

<sup>724</sup> Cascajo Castro y Gimeno Sendra..ob..El recurso de amparo..cit...pág 92.

NOSETE, PRIETO SANCHÍS y GONZÁLEZ PÉREZ, para quienes la vía judicial ordinaria previa y la constitucional constituyen dos procesos distintos<sup>(725)</sup>.

GONZÁLEZ PÉREZ, refiriéndose al amparo constitucional, dice que no hay duda de que es un proceso, un proceso que actúa ante el Tribunal Constitucional que examina una pretensión que una parte deduce frente a otra<sup>(726)</sup>. Es un verdadero proceso que conserva como especialidades el fundamento de la pretensión que deberá basarse siempre en normas de Derecho Constitucional y el órgano ante el que se plantea el Tribunal Constitucional, constituye una jurisdicción especial claramente diferenciada de la ordinaria<sup>(727)</sup>.

---

<sup>725</sup> Almagro Nosete, José. Ob...Justicia Constitucional cit.. pág 191. Dice que “es un medio de naturaleza procesal. Es un medio específico procesal para la protección de los derechos fundamentales”. Vid. Prieto Sanchiz, Luis. **Comentario Art 53**. En comentarios a las leyes políticas. La constitución. Editorial Edersa. Madrid. 1984. Vol. IV. Pág 484. Dice que “es un proceso independiente y diferenciado”.

<sup>726</sup> González Pérez..Ob. Derecho Procesal Constitucional....cit...pág 278. Para este autor el recurso de amparo “constituirá un verdadero proceso y la naturaleza preferente y sumaria del art 53.2 de la Constitución quedará reducida a mero presupuesto procesal, viniendo a cumplir una función parecida al recurso de reposición en la jurisdicción contenciosa administrativa”. En igual sentido se pronuncia García Morillo, Joaquín. Ob... El Amparo judicial cit...pág 30. También Montoro Puerto. Ob...Jurisdicción Constitucional y Procesos cit..., Pág 93. Dice que es un verdadero proceso por cuanto el amparo no supone en principio una vía en la que se impugna la decisión adoptada por una instancia inferior, aparte de que el Tribunal Constitucional en su doctrina ha dejado muy claro que el amparo no es un mecanismo procesal de nivel superior, una segunda o superior instancia de la que conocen los Tribunales ordinarios.

<sup>727</sup> Gimeno Sendra, Vicente. *Naturaleza Jurídica y objeto procesal del Recurso de Amparo*. R.E.D.C. Año 2 No 6 Sep.Dic. 1982. Pág 45. Vid en un sentido parecido Almagro Nosete. Ob...Justicia Constitucional....cit...pág 191.

Sin embargo, GIMENO SENDRA es de la opinión de que la divergencia de ambas tesis es meramente aparente, por cuanto todo recurso encierra en sí un proceso, que contiene una pretensión y una resistencia que determinado órgano jurisdiccional ha de satisfacer mediante la determinación del contradictorio.

La naturaleza del amparo, dice este autor, la encontraremos en diferenciar por un lado si el proceso que se lleva ante el Tribunal Constitucional tiene una naturaleza distinta a la de cualquier otro proceso judicial y por otro al examen del objeto litigioso sobre el que el Tribunal ha de actuar<sup>(728)</sup>.

Para llegar a la anterior conclusión, el autor analiza, en primer lugar, el órgano competente, el Tribunal Constitucional.

Éste no es un órgano especial a pesar de que se encuentre fuera del título VI de la Constitución, pues la misma Carta Magna establece como única jurisdicción especial a la Militar. El Tribunal Constitucional es un órgano dotado de plena jurisdicción en el que concurren tanto la nota objetiva como subjetiva de la jurisdicción, (arts 161,1,CE, 1.II, y 4.2 de la LOTC), pero es un Tribunal jurisdiccional especial por la peculiaridad de las pretensiones sobre las que extiende su competencia, las cuales han de estar fundadas en Derecho Constitucional<sup>(729)</sup>.

---

<sup>728</sup> Gimeno Sendra. Ob...Naturaleza....cit.....,pág 46

Esto lleva a GIMENO SENDRA a decir que no puede predicarse la autonomía del proceso constitucional en razón de que la pretensión de amparo deba ventilarse en otra jurisdicción.

Por otra parte, en cuanto al objeto litigioso, para tratar la naturaleza jurídica, analiza el mismo autor las modalidades de las pretensiones que puede revestir la pretensión de amparo constitucional y parte de que todas las peticiones inmediatas tienen idéntica naturaleza, a saber, se trata de pretensiones mixtas declarativas y de condena, pareciéndose de esta forma al recurso administrativo de plena jurisdicción.

Además tienen de común que la petición mediata-el bien litigioso-recae sobre algunos de los derechos fundamentales reconocidos en la Sección I, del Capítulo II, del Título I de la Constitución. En base a este análisis, el autor sostiene que cuando el recurso se dirige contra actos de poder legislativo, el Tribunal conoce en única y primera instancia, por lo que

---

<sup>729</sup> Gimeno Sendra..Ob. Naturaleza.cit..pág 47. Bajo la óptica de considerar al Tribunal Constitucional como especial, se puede aceptar la noción de recurso de amparo utilizado para designar la impugnación de las resoluciones judiciales emanadas de los Tribunales Ordinarios en los que no se ha satisfecho la pretensión de amparo,dice el autor. Sin embargo considera este mismo autor que no es viable la comparación que hace González Pérez entre el recurso de reposición previo al contencioso administrativo y el carácter de presupuesto al amparo constitucional del procedimiento preferente y sumario que menciona el art 53.2 de la Constitución. Es un requisito de admisibilidad al amparo constitucional pero no cumplen similar función porque el recurso de reposición es un proceso de autocomposición y el segundo un verdadero proceso que no es distinto en ningún sentido del amparo constitucional.

la denominación recurso es totalmente improcedente y nos encontramos ante un único proceso constitucional.

Cuando el amparo es dirigido contra actos u omisiones del poder judicial, también nos encontramos ante verdadero proceso pues el Tribunal conoce en única y definitiva instancia de la pretensión constitucional de amparo, siendo inapropiada la utilización de la palabra recurso.

Y cuando el amparo se plantea contra las disposiciones, actos y vías de hecho del poder ejecutivo, el profesor GIMENO SENDRA llega a la conclusión que el denominado proceso preferente y sumario del art 53.2 de la Constitución es un proceso constitucional que se dilucida a través de un procedimiento administrativo especial. Que ese procedimiento mediante el cual la pretensión constitucional recibe satisfacción, es administrativo, tanto por el órgano que lo conoce, como por la naturaleza de las normas por las que se regula, que en todo caso son supletorias ante los preceptos constitucionales que lo contemplan, como las normas de la LOTC que lo disciplinan. Además concluye que si bien el procedimiento se dilucida ante los Tribunales Contencioso Administrativo, el proceso es constitucional al igual que el que transcurre ante el Tribunal Constitucional, y la diferencia entre ambos procesos es la particularidad del Tribunal Constitucional. Así pues, sólo existe una pretensión de amparo que normalmente ha de atravesar dos instancias para llegar al Tribunal Constitucional, quien conoce

de la misma en tercera instancia <sup>(730)</sup>. Y por último, dice que ante el Tribunal Constitucional no se ejerce ningún derecho de acción que ya se ha ya realizado con la interposición del recurso contencioso administrativo, que una vez admitido ha de generar los efectos de la litispendencia constitucional. En este sentido discrepa GONZÁLEZ PÉREZ <sup>(731)</sup> para quién la litispendencia constitucional inicia en el momento de la presentación de la demanda ante el Tribunal Constitucional.

Y por último termina diciendo el profesor GIMENO SENDRA que siendo la instancia que se lleva a cabo ante el Tribunal Constitucional una continuación de las que se han dado ante los Tribunales Contencioso Administrativos con la pretensión que se deduce ante el Tribunal Constitucional contra los actos, disposiciones, y vías de hecho del poder ejecutivo, se está ante un verdadero recurso, que por no exigir motivos especiales para interposición, así como que tampoco limita las facultades de conocimiento del Tribunal Constitucional, lo enmarca en la categoría de los recursos ordinarios <sup>(732)</sup>.

---

<sup>730</sup> Aragón Reyes, Manuel. Ob... El control de la Constitucionalidad en la Constitución....cit...,pág 176. Para este autor el Tribunal Constitucional conoce de la pretensión de Amparo en segunda instancia.

<sup>731</sup> González Pérez..ob....Derecho Procesal Constitucional.... cit...pág 315.

<sup>732</sup> Gimeno Sendra. Ob. Naturaleza...cit....pág 58. Y en otro trabajo *...El Recurso de Amparo*. Este autor ubica al recurso de amparo como un recurso de casación especial, limitado y partiendo de los hechos fijados por los tribunales de instancia al examinar la aplicación e interpretación que los mismos han hecho de las normas



La tesis contraria a la de GIMENO SENDRA la ofrece SÁNCHEZ MORÓN, para quién el recurso de amparo es un remedio de naturaleza procesal, un medio procesal extraordinario, no sólo por la limitación de su objeto sino por la finalidad, que no es otra que tutelar a los ciudadanos en el goce de los derechos y libertades enunciados en el art 53.2 de la Constitución.

Y si bien es cierto, tiene algunos rasgos que lo hacen equiparables al recurso de casación, tales como la prohibición de entrar a conocer de los hechos que dieron origen al proceso en el que se produjo la violación constitucional y el valor objetivo de la jurisprudencia constitucional, su finalidad y función es totalmente distinta y concreta en la protección de los derechos fundamentales. Y por último agrega SÁNCHEZ MORÓN, tal y como lo establece la Constitución Española es una garantía reconocida a cualquier

---

constitucionales, reguladoras de los derechos fundamentales. Para defender esta tesis manifiesta que si la protección de los derechos fundamentales se realiza mediante la aplicación y defensa de la Constitución, si al Tribunal Constitucional le está prohibido entrar a conocer de los hechos causantes de la violación, si le está permitido asegurar la aplicación uniforme de la Constitución y crear doctrina legal, y si la ejecución de sus sentencias se realiza mediante la técnica del reenvío, no queda otra opción que llegar a la conclusión que la naturaleza del recurso de amparo debe ser dirigida hacia un recurso de casación especial por su objeto, que es la defensa de la Constitución. Por su parte Castillo Rigabert, Fernando. *La admisión del recurso de Amparo*. Universidad de Murcia. Murcia. 1991, pág 77, está de acuerdo con la posición de Gimeno Sendra, sin embargo piensa que, en la práctica, las cosas no han funcionado en la forma que se han descrito. Además dice que la labor del Tribunal Constitucional es semejante a la que realiza el Tribunal Supremo en el recurso de casación, esto no significa de manera alguna que el recurso pueda considerarse como una especie de recurso de casación, ni siquiera se trata de un recurso de carácter extraordinario en el sentido de tener tasados los motivos que abren la posibilidad de impugnación.

ciudadano, está establecido como un derecho reaccional que no puede ser estropeado por el legislador<sup>(733)</sup>.

Otra posición la ofrece, CORDÓN MORENO, para quien el amparo es un verdadero proceso jurisdiccional, por cuanto el Tribunal Constitucional actúa en el proceso de amparo como un órgano jurisdiccional y además de ello, a través del recurso, se ejerce una verdadera función jurisdiccional de tutela y protección de determinados derechos y libertades. Sin embargo no está convencido de que deba ser conceptuado como un medio de impugnación, a lo cual tampoco le pondría obstáculo, siempre que se aclare que se trata de un recurso no solamente excepcional sino atípico<sup>(734)</sup>.

---

<sup>733</sup> Sánchez Morón. Miguel. *El Recurso. Características actuales y Crisis*. C.E.C. Colección Cuadernos y Debates No 3. Madrid. 1987. Pág 26

<sup>734</sup> Cordon Moreno, Faustino. *El proceso de Amparo Constitucional*. La Ley. Madrid. 1992. Pág 34. Para este autor la tesis de la identidad y consecuente configuración del amparo constitucional como un medio de impugnación que defiende Gimeno Sendra, no es acertada. Dice el autor que en el caso del art 43.3 de la LOTC, la sentencia que dicte el Tribunal se pronuncia sobre la lesión producida por el acto de Gobierno, que es el que anulará y no sobre la sentencia del Tribunal Ordinario, sin perjuicio de que ésta quede sin efecto. Además solamente puede ser interpuesto por el particular si la sentencia dictada en la vía previa le fuere negativa, y si nos encontráramos ante un recurso debería interponerlo el gobierno en el caso de que la sentencia previa fuese estimatoria. Aparte de ello el proceso de amparo puede ser iniciado por el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, que no han intervenido en la vía judicial previa. Por último, cuando el recurso se interpone contra actos del poder judicial, la pretensión que se deduce ante el Tribunal está fundada en la lesión de un derecho fundamental por el acto u omisión acaecidos dentro del proceso, independientemente de la pretensión que se ejercite en el proceso donde se produce el acto u omisión causante de la lesión de un derecho fundamental. Por otra parte el TC en la sentencia 78/88, FJ1, insiste en que el amparo es un proceso constitucional sustantivo e independiente de la vía judicial ordinaria seguida con carácter previo, configurándose, por tanto, como un **remedio jurisdiccional**, o un **recurso jurisdiccional subsidiario** equiparable a cualquier otro recurso de los previstos en el

En resumen, las teorías exteriorizadas por la doctrina en torno a la naturaleza del amparo han sido múltiples, sin que se haya llegado a un consenso sobre éste punto. A manera de conclusión, sobre la naturaleza jurídica podemos decir que la concepción que de éste se tenga en un determinado ordenamiento jurídico dependerá de las características que la ley le atribuya., y la denominación que la ley le da no debe llevarnos a prejuzgar sobre la naturaleza del instituto en cuestión.

#### **3.3.4.- Finalidad del Amparo**

El amparo es un instrumento procesal que tiene como fin esencial velar por la protección y el cumplimiento de los derechos fundamentales<sup>(735)</sup>.

La función que cumple el recurso de amparo es la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, pues el Tribunal Constitucional, en tanto que guardián e intérprete supremo de la Constitución, tiene como especial misión la defensa de los derechos fundamentales, la cual se concreta en una doble actividad: desde un punto de vista subjetivo, y frente al control difuso de tales derechos por parte de los Tribunales Ordinarios. El Tribunal Constitucional concentra en él y asume la

---

ordenamiento. Por su parte Montoro Puerto.ob. *Jurisdicción Constitucional*..cit pág 93, en virtud de lo antes dicho es de la opinión que el nombre correcto es proceso de amparo constitucional, porque el término recurso supone la impugnación de una vía de impugnación de una decisión tomada por una instancia inferior, lo cual no sucede nunca en el amparo.

<sup>735</sup> De Alfonso Bozzo, Alfonso. *Las funciones del Recurso de Amparo Constitucional*. R.J.C. No 3. 1983. Pág 151.

defensa de tales derechos, con respecto a los cuales ostenta siempre la última palabra; y desde un punto de vista objetivo, y ante cualquier vulneración de una norma constitucional que tutele alguno de tales derechos, le corresponde también la función de reinstaurar el ordenamiento constitucional vulnerado y, a través de la interpretación, crear, incluso, la oportuna doctrina legal que ha de vincular a todos los poderes públicos <sup>(736)</sup>, esta es la función objetiva <sup>(737)</sup>.

Con respecto a los objetivos del recurso de amparo, el mismo atiende prioritariamente al reestablecimiento y preservación de los derechos y

---

<sup>736</sup> Cascajo/Gimeno. Ob. El recurso de amparo.cit....pág 82. “ La doble dimensión del recurso de amparo, en ningún momento es ajena al doble carácter de los derechos fundamentales, ya que siendo derechos subjetivos también se configuran como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad”.

<sup>737</sup> Vid Requejo Pages, Juan Luis. *Hacia la objetivación del Amparo Constitucional*. R.E.D.C. No 42. Sep-dic 1984. Pág 157. Comenta este autor que la más reciente jurisprudencia ha abierto, no obstante, una línea interpretativa tendente a restringir al máximo la dimensión objetiva del recurso de amparo constitucional. Se ha acrecentado una línea de interpretación destinada a reducir la intervención del Tribunal Constitucional en su incuestionable condición de jurisdicción suprema de los derechos y libertades. El fundamento de esta posición radica en un fortalecimiento de las exigencias derivadas del principio de subsidiariedad que informa el recurso de amparo respecto de la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales. Vid Carrillo, Marc. Ob..*La Tutela*...cit..pág 85 dice que esto es porque el tiempo le ha hecho saber al Tribunal Constitucional que su función interpretativa no debe ya superar, salvo casos excepcionales, los límites del conflicto intersubjetivo. El punto no deja de tener importancia debido a la invocación indiscriminada de la que han sido objeto los derechos procesales incorporados al derecho fundamental de la tutela judicial, pues el TC, en sus primeros años, adoptó una postura muy flexible a la hora de interpretar la diversidad de contenidos del art 24 CE, lo cual trajo como consecuencia que el recurso de amparo constitucional se convirtiera en una tercera instancia, sin olvidar por supuesto el problema material creado por la acumulación de recursos.

libertades fundamentales, pero también está orientado a la defensa de la Constitución. Lo anterior, dice CANO MATA,<sup>(738)</sup> es la doctrina del Tribunal Constitucional desde las primeras sentencias y que ha permanecido invariable.

El profesor SÁNCHEZ MORÓN dice que, además de tener la virtud de ser un medio complementario de garantía individual de los derechos fundamentales, constituye también un instrumento a través del cual el Tribunal Constitucional desarrolla su misión distintiva de intérprete supremo de la Constitución<sup>(739)</sup>.

### **3.3.5.- Ámbito de aplicación.**

En lo referente al sistema de concreción del ámbito amparable la Constitución Española de 1978 no ha seguido la tradición histórica española

---

<sup>738</sup> Cano Mata, Antonio. *El recurso de Amparo. (Doctrina del Tribunal Constitucional)*. Edersa. Madrid, 1983. Pág 11. La citada doctrina se puede ver en STC 1/81 del 26/1, donde se ha dicho (...) “la finalidad del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende lo singular”.

<sup>739</sup> Sánchez Morón. Ob. Naturaleza...cit...pág 37. Es más relevante incluso, dice el autor, la doctrina del Tribunal que la protección singular del derecho conculcado. Y es por ello que se dice que la justicia constitucional se encuentra más al servicio del interés de la ley, al servicio de la garantía objetiva del derecho constitucional que al interés particular de las partes. Sin embargo concluye, que esta vocación bidimensional del recurso es lo que hace que se deba conciliar siempre las dos facetas que componen su función propia.

y optó por el sistema taxativo alemán. LUCAS VERDÚ sostiene que la tutela especial se circunscribe a los derechos y libertades clásicos, los derechos que se desprenden del liberalismo evolucionado <sup>(740)</sup>.

Sobre esto mismo, otro sector de la doctrina es de la opinión de que el objeto del amparo constitucional está indeterminado por la Constitución y se encuentra diferido a la ley <sup>(741)</sup>. Sin embargo FERNÁNDEZ FARRERES es de la opinión que siguiendo esa línea de pensamiento apoyada en la identificación de la expresión " en su caso" como similar a " pérdida de generalidad" del recurso de amparo, según la cual le correspondería al legislador un amplio margen para transformar el alcance del recurso, se abriría tan amplio espacio como para llegar a pensar que el legislador puede eliminar el recurso de amparo.

Como ya se mencionó al comentar el punto de los límites de los derechos fundamentales, este autor sostiene que, si bien es cierto la Constitución otorga un amplio margen al legislador, el mismo tiene dos límites insuperables, el primero de ellos, la imposibilidad de que los derechos fundamentales a los que alude el art 53.2 de la Constitución puedan acceder a la protección del amparo cuando sean vulnerados o lesionados y el segundo, la imposibilidad de restringir la legitimación para la interposición del recurso de amparo, dados los términos del art 161.1.b) de la Constitución.

---

<sup>740</sup> Lucas Verdú....Ob...Política y Justicia Constitucionales ..cit...pág 1542.

<sup>741</sup> Prieto Sanchís...ob...El sistema de protección de los derechos...cit...pág 415.

Por lo tanto, de una relación de los art 53.2, 161.1b) y 162.1.b), C.E. no se puede llegar a otra conclusión que el legislador no tiene tanto margen en la configuración última del recurso de amparo, como el que pudiera parecer que reflejaban las expresiones <en su caso> y < en los casos y formas que la ley establezca > por que de sus aspectos medulares - derechos fundamentales cuya tutela puede ser recabada a través del recurso de amparo y legitimación activa para instar la tutela del Tribunal Constitucional- ninguna alteración, directa o indirecta, cabe introducir <sup>(742)</sup>.

Pero a efectos de evitar cualquier discusión en este campo, la LOTC incluyó expresamente, en el ámbito de protección del recurso de amparo, todos los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en los arts 14 a 29 y la objeción de conciencia consagrada en el art 30-2.

Solamente los derechos preestablecidos en el art 53.2 de la CE, pueden hacerse valer a través del recurso de amparo. Estos son el principio de igualdad ( art 14), el derecho a la objeción de conciencia (art 30.2) y todos los recogidos en la Sección 1, del Capítulo II del Título I de la Constitución (

---

<sup>742</sup> Fernández Farreres, German. *El recurso de Amparo según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Prólogo de Tomás y Valiente. Marcial Pons. Madrid. 1994. Pág 16. Para este autor lo que sí permite esa remisión, al legislador “ es fijar el objeto del amparo, pudiendo en este particular extremo decidir con plena libertad. Pone como ejemplo que el art 53.2 extiende el recurso de amparo a la tutela de las libertades y derechos que enumera sin referencia alguna a que esa tutela lo sea frente a unas u otras actuaciones de unas u otras personas o entes públicos o privados, causa u origen de la lesión de aquéllos, y, sin embargo, la LOTC ha optado por restringir la protección del recurso de amparo a las violaciones que únicamente sean imputables a los poderes públicos (art 41.2), sin que se haya cuestionado la constitucionalidad de esa adaptación que la Constitución no impone”.

arts 15-29), quedando, por tanto, fuera de la referida protección jurisdiccional los derechos sociales de los arts 30 y siguientes de la CE <sup>(743)</sup>. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional quién en reiteradas sentencias, por ejemplo 5/83 de 4 de febrero ha dicho “ que el recurso no podrá ser estimado, total o parcialmente, sino se ha producido una violación de alguno de tales derechos y libertades, incluso aunque se acreditara alguna vulneración distinta del ordenamiento, sea de carácter constitucional o de legalidad...”

Lo anterior significa que, por la vía del recurso de amparo, tan solo puede solicitarse la restitución de los derechos fundamentales señalados en el art 53.2 de la Constitución. Esto quiere decir que, si se invoca otro derecho fundamental vulnerado el mismo debe ser conectado con alguno de los derechos antes citados<sup>(744)</sup>.

---

<sup>743</sup> Gimeno Sendra/Garberí Llobregat..Ob. Los procesos cit..pág 154. Dicen estos autores que este catálogo de derechos, como objeto procesal del recurso de amparo, no se logró en forma simultánea, sino que fue paulatinamente como se fueron incorporando, iniciándose con los pactos de la Moncloa en 1977, luego vino la instauración de un proceso sumario para la protección de la libertad de expresión, derechos de reunión y asociación política. Posteriormente la LPJDFP estableció, por primera vez, la relación de derechos sobre los cuales debía extender su ámbito de aplicación, que a su vez fue ampliada por el R.D.Legislativo de 20 de febrero de 1979. Y el círculo se cierra con la promulgación del LOTC, el día 3 de octubre de 1979, que establece en su disposición transitoria 2.2, que “ el ámbito de la misma (vía judicial previa) se tiene extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el art 53. 2 de la CE ”.

<sup>744</sup> Oliver Araujo...Ob. El recurso .cit..pág 144. Explica este autor que si observamos el título primero de la CE, tres grupos de derechos quedan excluidos de la tutela reforzada que proporciona el recurso de amparo. Los comprendidos en el capítulo primero( arts 11al 13), los de la sección segunda del capítulo segundo (arts 30 a 38) y



Tampoco los derechos consagrados en el C.E.D.H. pueden fundamentar un recurso de amparo, ya que éste solamente protege los derechos constitucionales y fuera de la Constitución no existe ningún derecho fundamental, por ello dicen GIMENO Y GARBERÍ que la normas del C.E.D.H, si bien tienen toda la fuerza de los Tratados y como tal forman parte del ordenamiento interno y perfeccionan la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales, pero sus normas no pueden, a tenor del art 53.2 CE y 41.1 LOTC, servir de base exclusivamente a un recurso de amparo. Por lo que el único camino para que sus normas puedan ser objeto de un recurso de amparo deben ser conectadas con los derechos señalados en el art 53.2 de la Constitución <sup>(745)</sup>.

Con respecto a la Derecho Comunitario, la doctrina del Tribunal Constitucional dice (STC 120/90, FJ 3) que en los casos en que a través del

---

los reconocidos en el capítulo tercero ( arts 39 a 52). En cuanto a los primeros, sostiene el autor, que es justificable por cuanto no tienen ninguna razón de estar ubicados ahí. En cuanto a los segundos, la razón que da la doctrina española es porque aparecen en los textos internacionales tutelados con el máximo grado de protección. Y finalmente los principios rectores de la política económica social están excluidos por cuanto constituyen normas programáticas de difícil cumplimiento. Por último, este autor es de la idea de que la institución del amparo constitucional se puede ampliar hasta los límites de la legalidad a través de dos vías. La primera de ellas es incluyendo dentro del ámbito amparado, algunos de los derechos del capítulo tercero a través del principio de igualdad y una segunda interpretación extensiva, es incluyendo dentro del marco garantizado por el recurso de amparo, las diferentes manifestaciones o formas particulares que pueden adoptar los derechos y libertades incluidos dentro de su ámbito literal, (Ejemplo del derecho de Asociación el derecho a constituir partidos políticos).

<sup>745</sup> Gimeno/Garberí.....Ob. Procesos..cit..pág 156.

recurso de amparo se impugnen actos o apliquen normas del Derecho Comunitario Europeo, el fundamento del recurso solamente puede consistir en la vulneración de derechos reconocidos en el artículos 14 a 29 de la CE, quedando al margen las eventuales vulneraciones del Derecho Comunitario, ya que el control de la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales a dicho Derecho Comunitario, no corresponde al TC, sino a los órganos de la jurisdicción ordinaria y, en última instancia, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Finalmente hay que decir que el derecho a la libertad personal goza de la garantía extraordinaria del recurso de amparo, pero también existe un procedimiento especial, el recurso de hábeas corpus, que tiene por objeto la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. A este respecto la doctrina española sostiene que la Constitución consagra una coexistencia entre el recurso de amparo y el procedimiento de hábeas corpus<sup>(746)</sup>.

---

<sup>746</sup> Pérez Tremps, Pablo. Ob.El recurso.cit...,pág 285. Sostiene este autor que la Constitución prevé un específico y más acelerado procedimiento para la protección de la libertad personal, pero no impide la utilización del recurso de amparo. Esto se apoya en que el segundo párrafo del art 53 de la CE, incluye en el ámbito amparado todos los derechos reconocidos en la sección primera del capítulo segundo sin exclusión alguna. Por lo tanto, si a un ciudadano le resuelven contrariamente un recurso de hábeas corpus, éste puede interponer un recurso de amparo por violación del derecho a la libertad personal, reconocido en el art 17de la Constitución, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la LOTC.

### 3.3.6.-Principio de Subsidiariedad

Éste es el principio rector que se encarga de estructurar los diferentes niveles señalados de tutela jurisdiccional <sup>(747)</sup>.

Sus fundamentos se encuentran en otorgar al ciudadano agraviado en sus derechos fundamentales, la posibilidad de conseguir la satisfacción a su pretensión lo más rápido posible, mejor ante los propios jueces y tribunales ordinarios, sin necesidad, por tanto, de verse obligado a proseguir y agotar la larga cadena subsidiaria de recursos y órganos jurisdiccionales constitucionales e Internacionales, hasta obtener por fin la estimación de su pretensión <sup>(748)</sup>.

Ahora bien, dentro de los contenidos del principio está la prelación ordenada en el acceso a los distintos niveles de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

---

<sup>747</sup> Medina Rubio, Ricardo. *La idea de amparo y el principio de subsidiariedad*. I.E.F. Madrid. 1981. Pág 1840. Es necesario que la interposición del recurso de amparo se vea moderada por determinados filtros que eviten un número excesivo de recursos sobre asuntos de escasa importancia. Además es un elemento esencial del mismo y a su vez es una de las soluciones tributarias de la economía procesal, y eficaz de filtrar las demandas de amparo.

<sup>748</sup> Carrillo Marc. Ob...*La Tutela....cit..*pág 76. La subsidiariedad del recurso se deduce de su condición de remedio procesal extraordinario, una vez ha resultado inoperante la vía judicial ordinaria. El carácter extraordinario viene definido por su objeto, el cual no es otro que la protección de los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en la Sección I.del Capítulo II. del Título I, pero nunca a cuestiones de legalidad sobre su ejercicio reservadas siempre a la competencia del juez o Tribunal Ordinario.

En materia de lesiones a los derechos y libertades fundamentales, corresponde a los jueces y Tribunales pronunciar la primera palabra, porque de ellos se puede lograr una tutela más rápida. Además de esto, se debe tener en cuenta el principio de la inmediación del juzgado con el lugar de la violación, lo cual permite un mejor tratamiento con el material instructorio<sup>(749)</sup>.

Otro de los contenidos del principio, y que se podría llamar interno, es la exigencia a los ciudadanos que reclaman el amparo de sus derechos fundamentales, para que formulen la misma pretensión ante todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales integrantes de los distintos niveles de tutela ordinaria, constitucional e Internacional, sin que les esté permitido alterar los elementos constitutivos de su pretensión a medida que van acudiendo a las distintas instancias y órganos en demanda de amparo.

#### **3.3.6.1.-Excepciones.**

El agotamiento previo de la vía judicial ordinaria no es absoluto en cualesquiera de las hipótesis de vulneraciones a los derechos fundamentales de la persona. Antes al contrario, hay supuestos donde el acceso al recurso de amparo, puede interponerse sin que, sobre el ciudadano agraviado, pese la obligación de instar previamente ningún

---

<sup>749</sup> Gimeno Sendra/Garberí Llobregat...Ob. Los procesos cit.. pág 32. Opinan estos autores que los principios de inmediación y economía procesal, así como comprometer a los tribunales ordinarios en la defensa de los derechos fundamentales, fueron las razones fundamentales que llevaron al constituyente español a la instauración del amparo ordinario, y, sólo subsidiariamente, del amparo constitucional.

proceso de amparo ordinario. Un ejemplo de lo anterior se presenta en el ordenamiento alemán<sup>(750)</sup>.

En España, la subsidiaridad del amparo constitucional no puede entenderse como un principio general, sino que se manifiesta de manera diferente, con mayor o menor intensidad, según sea la procedencia del acto lesivo.

Pese a lo que dice el art 53.2 de la Constitución, el principio únicamente adquiere vigencia en los supuestos en los que las violaciones a

---

<sup>750</sup> Von Munch, Igo. Ob. El recurso ..cit...pág 277. La Ley del Tribunal Constitucional Federal de 3 de Febrero de 1971, establece en su art 90.1 que < cuando la lesión pueda ser reparada por la vía jurídica normal, el recurso de amparo no puede ser interpuesto después de haberse agotado dicha vía jurídica >. La característica de subsidiariedad que afecta al recurso de amparo interpuesto ante la jurisdicción constitucional implica que, los actos lesivos sobre derechos han de ser recurridos, en primera instancia, ante el Tribunal Administrativo, y que en esta sede deben agotarse todas las vías procesales posibles (apelación, revisión) , antes de poner en movimiento, si procede, el recurso de amparo. Es criterio del TCFA, que por razones de seguridad jurídica, sólo excepcionalmente, pueden ser cuestionadas las decisiones formalmente válidas o firmes de otros Tribunales o autoridades. Sin embargo, el carácter subsidiario no es absoluto y la ley contempla excepciones que facultan el acceso directo al recurso de amparo. La previsión normativa en este sentido de la LTCFA establece: Cualquiera que se considere lesionado por los poderes públicos en alguno de sus derechos fundamentales puede interponer recurso de amparo ante el TCFA, si bien, cuando la lesión pueda ser reparada por la vía jurídica normal del recurso, no podrá accionarse sino una vez agotada dicha vía, no obstante el TCF puede < decidir de inmediato sobre un recurso de amparo interpuesto antes del agotamiento de la vía jurídica, cuando ese recurso sea de interés general o cuando de no hacerlo así, se le irroque un perjuicio grave o inevitable >. ( Art 90.2.2). Además el Tribunal puede dictar una resolución o mandamiento provisional en la que se contemplen medidas cautelares y, por tanto, medidas de carácter provisional cuando ello sea de imperiosa urgencia, para evitar graves perjuicios, para prevenir una violencia inminente o por alguna otra razón de importancia para el bien común. ( art 43.1).

los derechos fundamentales provienen de los órganos del Poder Ejecutivo o de los órganos del Poder Judicial.

Las excepciones las encontramos en el amparo frente a los actos del Poder Legislativo. El amparo en materia de iniciativa popular y el amparo en materia de conflictos jurisdiccionales <sup>(751)</sup>.

---

<sup>751</sup> Gimeno Sendra, Garberí Llobregat. Ob.Procesos..cit...pág 35. La regulación de este principio se presenta delicada por que puede convertirse en un obstáculo a la finalidad del amparo que, no debe olvidarse, consiste primordialmente en evitar o interrumpir el acto lesivo de un derecho fundamental

**ABRIR CAPÍTULO QUINTO**

